

# 現代少年法論(一)

菊田 幸一

はじめに

## 第一章 序説

一、少年法の基本理念

二、非行の概念

三、少年法の沿革

(一) 感化法制定以前

(二) 感化法の制定

(三) 旧少年法の成立

(四) 現行少年法の成立

## 第二章 少年保護の性格

一、少年保護の本質

二、司法機能と福祉機能

三、要保護性

四、不告不理の原則

## 第三章 少年の保護機関

一、発見段階の機関

(一) 司法警察職員

(二) 検察官

(三) 都道府県知事・児童相談所長

二、調査診断段階の機関

(一) 家庭裁判所

(二) 裁判官

(三) 家庭裁判所調査官

(四) 少年鑑別所

三、保護実施段階の機関

(一) 保護観察所

(二) 教護院および養護施設

(三) 少年院

四、保護者および付添人

(一) 保護者

(二) 付添人

(三) 国選付添人制度(以上本号)

第四章 保護の対象(以下次号)

第五章 非行の発見と受理手続

第六章 保護事件の調査および審判

第七章 保護事件の終結決定

第八章 保護事件の事後手続

第九章 成人の刑事事件

第一〇章 少年の刑事事件

はじめに

昭和二四年に旧少年法に代って新しく施行されるにいたった現行少年法は、その後のたび重なる改正議論のなかにあつてもこんにちまでの三〇年に及ぶ長期にわたり、すでにわが国非行少年のための基本法として定着している。本法制定直後から活発に発表された実務家を中心とした少年法理念に関する熱論も、こんにちではきわめてまれにしか論ぜられなくなった。その理由が何処にあるかは定かでないが、一連の改正議論のつづくなかでいつの間にか改正作業に結びつく技術的・政策的論議に多くの関心がよせられるにいたった結果であるとおもわれる。

しかし昭和四九年に法務省が発表した「少年法改正要綱」もその後、昭和五一年にいたり、いわゆる「中間答申」の形として一応の結末をとったとはいえ、その後すでに三年を経過し少年法の全面的改正はかなり遠ざかった感がある。こんにちにおける状況においてこそ、少年法制定直後のすぐれた理念論争をふり返り、あるべき少年法の根本理念に関し総体的に考えることが要請されているのではないかというのが、わたくしの本稿を手始めた動機である。

もとより実務経験のないわたくしがかような、きわめて実務的な分野につき思考をこらすことには限界があることも承知のところであるが、現行少年法のもつ根本理念に関し、長い歴史の経過において、ややもすると理念をかけ離れた歩みを余儀なくされている面もあるようにおもわれる。かような諸点に関し論点を中心に総体的にまとめることも、こんにちにおいてこそ求められているのではないかとかんがえ、あえて執筆することにした。したがって本稿は単なる少年法全般に関する注釈書ではない。本稿を手助けとして学者・実務家のご批判・ご叱正をえて「少年法」の全体像を究明する出発点としたい。

## 第一章 序 説

## 一、少年法の基本理念

同じ犯罪を犯した者でも犯罪者の年齢や環境を考慮して、その者にもっともふさわしい処遇手段を講ずることが具體的正義にかなうものであるとの考え方から少年法が生まれた。その歴史はさほど古いものではなく、おおむね二〇世紀前半が少年法の生成期であったといわれている。

たとえばスエーデンの児童福祉の先覚者エレン・ケイ (Ellen Key) は一八九九年に「二〇世紀は児童の世紀である」と宣言したのであるが、ちょうどこの年はアメリカのシカゴにおいて世界ではじめて少年裁判所が誕生したのである。こんにちの少年法制としてもっとも進歩した法制を実施しているといわれるデンマークの少年法は一九〇五年に制定されているし、イギリスは一九〇八年に「児童法」(Children Act)を制定し、ついでフランス、ベルギー(一九一二年)、スペイン(一九一八年)にそれぞれ少年裁判所法が実現した。アメリカの法理学者ロスコ・パウンド (Roscoe Pound) が「少年法の制定は、マグナカルタ(一二一五年)が署名されていたの司法領域における最大の進展である」と表現しているように、少年法の制定は伝統的な司法に代り個別化された司法 (individualized justice) の原則を宣明にした点で革新的な内容をもつものであったといえよう。

しかし他方では少年法の誕生は決してこれを絶対化し、美化しすぎるものがあってはならない。犯罪者のマグナ・カルタとして象徴される罪刑法定主義はときの権力者の専断による恣意的な個人への介入を排したところに歴史的意義が存したものであるが、罪刑法定主義は国家が行為者ではなく犯罪行為を限度として決定された明示の枠に限定

して刑罰を行使したのに対し、少年法の誕生はこの罪刑法定主義の原則をうち破り、犯罪者に介入することのできる活路を見出すにいたった。少年の「健全育成」のために犯罪への危険性に対しても国家が介入することのできる口実を与えるにいたった。その背景にはつぎにのべるような二つの理由づけがなされている（森田宗一「少年保護の法理」小川太郎ほか編・少年非行と少年保護・所収三ページ以下）。

第一は、刑事学の進歩に伴う刑事思潮に由来するものであり、犯罪を法律的に判断するだけでなく、犯罪人に着目してこれに適切な処遇を加えることにより刑政の目的をよりよく達成しようとするもので、この考え方は、刑事法における「保安処分」の理論と方法を生むにいたった。ことに少年は教育可能性があり、可塑性に富むが故に、教育的な方法を加味した個別的な処遇をすることが目的によくかかっているとするものである。主としてドイツ系保安処分中心型であり、刑事裁判の個別化、社会化による近代刑事思想の発展にこれを求める。

第二は、少年保護は刑事法的なものではなく、衡平法（エクイティ）の思想にゆらいする福祉後見的なものだとする考え方である。主として英米系社会福祉型といわれるもので「衡平法による国の親」（*Parens Patriae*）の思想にこれを求める。すなわち一八九九年にアメリカにおいてはじめてイリノイ州で制定された少年法は「扶助を要する少年、放任されている少年、および非行のある少年の取扱と制御を規整する法律」として制定され、保護処分の内容を教育と福祉であるとし、アメリカにおける少年裁判所運動のその後の指標となったものである。それは伝統的な司法手続によるのではなく、非形式的な審判により社会福祉的に少年を守ることを第一目的とし、身柄拘束などは副次的であるとし、「保護主義」にたつものである。非行少年は社会の敵とみるべきではなく、社会の子どもとみるべきだとする思想は国親思想の発想する少年裁判所運動のもたらしめたものであって、こんにちの少年審判および少年の処遇を社会化の方向に理論づける有力な思想的背景になったものといえる。S. Breckinridge, and Abbott, The

Delinquency Child and the Home, p. 247 (1970). こんにち国親思想を家父長的支配の過去の遺物とみる立場が

あるが正当とはいえない<sup>(1)</sup>。

しかし実際の少年裁判は必ずしも本質的に両者が判然と区分できるものではない。「少年保護制度は発明ではなく発展である」といわれるごとく各国における慣行や制度の廃・統合により発展してきたものである<sup>(2)</sup>。したがってその理念にも当然に発展と成長があるべきであるが、わたくしは少年法の理念につき森田氏が単に「連帯性のある社会に生きている非行のある少年を直接の対象とし、その個性環境に具体的な措置をなし、最も賢明に社会政策と刑事政策の目的を遂行しようとする」(森田・前掲書三ページ)と表現している文言では少年保護の理念を十分に追及し得ていないようにおもう。同氏はまた「……その問題となった少年への愛と、社会の正義とをともども充たそうとする」と、ここに、今日における少年保護の基本観念がなければならないと思う(森田・前掲書三ページ)。同旨、団藤・森田・新版少年法六ページ)とされているが、「少年への愛」と「社会の正義」をともどもに充たすことの具体化にはきわめて危険な方向があるようにおもわれる。言葉を代えていえば少年の「健全な育成」(法一条)と「社会防衛」、であり、「基本的人権」と「公共の福祉」との対立関係としてこれをとらえることもできよう。この両者を並列的に扱うことはきわめて危険である<sup>(3)</sup>。「少年への愛」——その言葉は美しくとらえられがちであるが、「憐憫の情」をこの言葉からぬぐいとることのできないのも事実である。少年も一個の人格者であり、「憐憫の情」を社会正義の名のもとで一方的に受ける存在ではけつしてない。少年は社会的存在として「社会福祉を受ける権利」をほんらい的に有する者である。その権利はいうまでもなく「社会の正義」によりなんらの制約をうける性格のものでもない。われわれは少年法の理念はこの「社会福祉を受ける権利」であり、社会はその少年の権利を充足する義務を負っているものとしてとらえている。少年法の理念はそこから出発しなければならない。

- (1) 衡平法すなわち大法官裁判官 (Chancery Jurisdiction) は、子供に關しては、子供の財産に關する保護に發し、この国家後見の思想がアメリカ少年裁判所にやわらかな雰囲気を与え、とともに、非形式的取扱の特徵を生みだしたといわれる。この思想の根源となった国親思想 (Parens Patriae) は必ずしも一義的に明確にすることは困難であるが、アメリカのゴルト判決はいきびしい批判にさらされ、わが国においても「国親」思想を排斥する主張が主として刑罰主義への回帰をねらう立場から多くみられるにいたった (たとえば木村榮作「少年法の理念—国親思想と適正手続との關係—」警察研究四三卷二二三—二四三頁以下。莊子邦雄「少年法の理念と国親思想」刑法雜誌一八卷三・四号、二七一—二七二頁。沢登俊雄「犯罪者処遇制度論」(上)二ページ)。これに対しアメリカの動きを分析し、「デュー・プロセスと保護主義の關係は、理論的には無關係といふべきであつて、デュー・プロセスの要否と保護主義の要否とは、それぞれ独立に論定される必要がある」とのするどい主張がある (田宮裕「少年審判とデュー・プロセス」家裁月報二四卷一二号一九—二四頁以下。平場安治「少年法における保護主義と適正手続」(家裁月報二六卷七号)。なおゴルド判決の評釈については菊田幸一・少年法の動態 (昭和四六年) 一一五—一二二頁以下参照)。
- (2) ただし「社会福祉型といわれるイギリスの少年裁判の實際も、きわめて刑事裁判的色彩が濃く實務的には一般略式刑事裁判との區別は判然としないのが実情である」(山口幸男・少年非行と司法福祉、九二—九三頁) との指摘には筆者は批判的である。くわしくは菊田幸一「イギリスにおける非行少年取扱の實際と課題」(一) (法律論叢五〇卷一号—三号) 参照。
- (3) このことをするどく指摘したのは山口幸男氏である。山口・少年非行と司法福祉、九〇—九二頁以下。

## 二、非行の概念

少年保護を少年が福祉を受けるべき権利として要求する対象であると考えらるならば、現行少年法における保護処分は福祉的措置であるべきであるが、現実の少年法は刑法と福祉諸立法との妥協の産物であるといわれると同時に、むしろ刑事法的色彩を濃厚に有するものであるとの指摘はすでに多くの人々によってなされている。後述するように、小河滋次郎は少年保護の仕事を裁判所のなかに組み入れることは少年保護の仕事の生命が失われると指摘したのであるが、現行少年法はまさにその指摘どおりの運命をたどるようにもわれてならない。

かくして現行少年法の保護処分によって少年の福祉のために得るものがあるとするれば、それは保護処分に付随した

「反射的效果」にすぎないとの指摘がするどくなされている（山口幸男・少年非行と司法福祉、一〇四ページ）。つまり保護処分が刑罰的色彩をもっているものとすれば少年はかかる保護処分をうける権利を積極的にもつものではない。そういう意味では少年にとっての権利としての保護処分はありえないこととなる。たしかにこの指摘にはするどいものがあるけれども、こんにちにおいてはアメリカをはじめ多くの諸国において少年裁判所を通じて少年の福祉を貫く努力と経験をつみ重ねている事実を否定するわけにいかない。わが少年法がその第一条に「少年の健全な育成を期し」と宣言した文言は少年法のもつ目的としていかにこれに近づくかにかかっており、これへの努力こそ少年法自体が期待しているものと解しなければならないであろう。

さて少年法は保護処分たる法律効果発生要件として第三条に審判に付すべき処分として犯罪少年、触法少年、ぐ犯少年を列举している。ここにいう犯罪少年とは刑法上の構成要件に該当する、いわゆる刑法犯を少年が犯したものであるとするのが当初の解釈であったが犯罪少年の構成要件として有責性を必要とするのであれば、少年法がめざす保護処分の対象者のなかで精神薄弱少年、精神分裂少年、精神病質少年など低格少年を刑法の範疇により厳格に鑑定していたのでは保護処分の機能を十分に生かすことができず、少年保護事件においては責任性は排除する方向にむけるべきだとして非行とは非行構成要件に該当する違法な行為であるとの有力な説があらわれた（裾分一立「要保護性試論」家裁月報五巻四号一九ページ以下。平井哲雄「非行と要保護性」家裁月報六巻二号一ページ以下）。そして家庭裁判所はかかる非行少年に対し、さらに調査の結果、当該少年が将来も非行を犯す危険性があり、保護することでの危険性を排除できるものと判断したときにはじめて保護処分を加えることができるものとする。つまり刑法上の犯罪が構成要件に該当すると同時に刑罰が成立するのに対し、少年法では、非行構成要件（責任を除くところに特色がある）に該当する違法な行為に付加して要保護法性（後述する）のあることをもって保護処分たる法律効果が生ずる



ものとする。

これに対して第二の考え方は、少年法第三条は家庭裁判所の審判権の人的対象範囲を明示したものであり、少年保護事件における非行事実を手続的な面と実体的な面とから検討し、手続的な側面での非行事実の存在は家庭裁判所の具体的審判権取得の一条件であるとする。また実体面において非行事実とは社会調査に指針を与え、少年の性格および環境の欠陥を探知する有力な資料としての働きをするものである。しかし実体的側面における非行事実の役割は社会調査における、いわゆる要保護性究明の一資料にすぎないのであって、保護処分決定はその要保護性の質量を判定してなされるべきものであって、非行事実そのものが直接保護処分決定の判断材料とされてはならないとする（入江正信「少年保護事件における若干の法律問題」家裁月報五巻八号一ページ以下）。つまり非行事実を単なる徴表にすぎないとみる。

また第三の考え方として、少年法の法律効果を保護処分に限定しないで国家の行なう保護一般に拡張、少年実体法の構成要件は非行事実であり、法律効果は少年法上の保護一般であるとの見解がある（平場安治・少年法・昭和三八年、三四ページ）。この考え方からは要保護性は処遇決定に影響を与える一つの事情であって構成要件に属さないこととなる。刑法上の構成要件にもっとも近いものといえる。

以上三説を比較検討してみる。まず第一説が保護処分を非行の事実から責任を排除し要保護性を付加した法律効果とした点の業績は高く評価されなければならない。人格が素質と環境によって形成されるものとするならば、その素質もしくは環境になんらかの欠陥があれば、それをカバーして社会に適応させることが保護処分の目的となるべきであり、その者を非難可能性の対象とすべきでないのが少年法が刑法と異なるところであるからである。かくして少年法における実体法の要件の構成として責任論を中心とするところから、あらたにそれに代る「要保護性」を要件の一

つとして加えたのであった。

これに対し第三説（第二説は後述する）は、強制措置としての刑罰の実体上の理由は、事前に明白に決定されていなければならない、それが構成要件概念を産む根拠であるから、個々の事件の処遇にあたり裁量により決するものは情状として構成要件から区別すべきだとして少年実体法の構成要件は非行事実のみであるとする。<sup>(1)</sup> たしかに個性と環境の調査に名をかりて非行事実が片隅においやられ、非行事実が軽視されることがあつてはならない。しかし逆に少年保護事件において非行事実の意義を強調しすぎることは少年保護の本質をあいまいなものとし、刑法ないし刑事訴訟法と根源においてなんら異ならないものとなるであろうことが予想される。これに対しては、刑法においても、犯罪事実の性質により、ただちに刑罰の内容が決定するものではなく、刑の適用には犯人の性格、年齢、境遇、犯罪の状況等が考慮されるのであるから少年法と本質的に異なるものではないとの説明がなされている（平場・前掲書三五ページ）。しかし、なるほど刑事訴訟法において量刑の判断に情状が大きな地位を占めていることはこれを否定することとはできないが、それは刑事訴訟法の本質ではなくして、あくまで付随的な問題である（入江・前掲論文九ページ）。刑事訴訟法の本質は訴訟事実の存在確定ということにあるに対し、少年保護事件の本質は、対象少年の要保護性を確定するところにあるものというべきであろう。かかる意味において第三説が、「刑法上の構成要件の考え方にもっとも近いものである」としたのは、あまりにも少年保護事件を刑法的感覚でとらえようとしているものとして批判されなければならないであろう。<sup>(2)</sup>

最初にもふれたように、現行少年法は刑事法的色彩を濃厚にもつものであり、妥協の産物である。しかるがゆえにこそ現行少年法の第一条の目的に照し、司法の福祉化へ変容させる努力がなされねばならない。かかる観点からするならば、第一説が非行事実から責任を排除したことは評価されなければならない。しかるに第三説にあっては少年法

のもつ理念からの解釈ではなく、より刑法的感覚から現行法をとらえようとしているところに、本来めざすところと異なるものがあるといえよう。ほんらい人権の問題は保護の理念のもとにあつては氷解しているべきであり、人権と福祉の問題が対立関係にあつては少年法自体の存立する意味がない。それでもなお人権保障制度を必要とするのは立法上の妥協からのものであり、歴史的発展とともに人権保護規定は消極的に残存する方向にすすむべきものである。

またそのような理論的展開がむしろ実務を指導してゆくべきではなからうか。かかる意味において、第一説および第二説が少年法のほんらいあるべき原点に立ち返って説得力をもつと考える。ところで第一説および第二説はともに責任を排除するものであるが、両説の主たる相違はどこにあるのであろうか。考えられる相違点は、第一説が少年法三条一項が構成要件であり、二四条一項はその法律効果であるとして、非行と保護処分を直接的に結びつけるのに対し、第二説は非行なるが故に保護処分があるのではなく、非行事實は審判権取得の一条件であり、要保護性判断の材料にすぎないのであるから、非行と保護処分が直結するのではなく非行と要保護法が直結するのだという点にある。この点を除いては両説に大差はない。

(1) 平場・前掲書三四ページ。ただし必ずしも責任の要件に固執されてはいない。同三六ページ。同書旨、小野慶二「少年保護事件における犯罪事実の意義」(家裁月報二卷二二号一三三ページ以下)。

(2) ぐ犯事件について平場氏は「このような漠然とした条件を構成要件に入れたのは問題である」(平場・前掲書三五ページ注5)とされているが、十分な説得力とはなりえないのではなからうか。少年法三条一項三号にいう「性格または環境に照して将来罪を犯し……」の条項は単にぐ犯少年のみに限定される考え方ではなく、少年法全体を貫く精神であると考えるべきであろう(なお、ぐ犯については別に論ずる)。

### 三、少年法の沿革

#### (一) 感化法制定以前

わが国において少年を成人と区別して処遇する施策が法制化したのは、明治三三年三月の感化法の制定（法律三七号）にはじまる。それ以前は明治五年の監獄則によっているが、ここでは幼者といえども成人として等しく扱われ、処罰の対象として懲治監に收容されていた（監獄則一〇条懲治監）。しかし明治一三年制定の旧刑法では懲治場は幼年者および暗啞者（刑法不論者）および尊属親の請願による放恣不良の子弟を收容する所として、一六歳未満の者と、一六歳以上の者および一六歳以上二〇歳未満で、初犯の者と再犯以上の者を区別し、監房を異にし、悪習感染を予防するにいたった<sup>(1)</sup>。

その後明治二三年の改正を経て明治三三年の感化法の制定にいたるが「極めて消極的な恤救規則に対してさえ、全然改正の意志なき政府当局が、何故進んで感化法を制定するに至ったか<sup>(2)</sup>」を探索しておく必要がある。

その理由の第一は、わが国においても欧米諸国の例にもれず、非行児童および少年の問題を含めて、児童保護の問題が社会問題化してくるのは、産業革命の進行に伴う農村経済の破壊と疲弊、人口の都市集中によるスラムの形成と道德の低下および児童の雇傭労働の一般化にあることが指摘される。とりわけ明治時代においては維新後の急激な社会の変革・国策として強行された殖産興業という国家的産業革命と富国強兵策は教育制度だけではおおいきれない児童問題をはらんでいた。とくに日清戦争のもたらした国民の経済的窮乏化は貧児や浮浪児、非行児童の増加を招き、これらの児童に対する政策はもっぱら治安の面からとりあげられた（吉田久一・昭和社會事業史・一九七一年二〇）<sup>(1)</sup>。

第二の理由は懲治場における応報刑主義による刑罰懲治の処遇が体験上効果のあがらないことが自覚され、欧米諸国のすすんだ感化教育事業の視察に刺激された小崎弘道、坂部寔らの懲矯院を設置すべき提唱がなされた（詳細については、菊田幸一・少年教護・一九七四年、五―六ページ参照）。この計画は挫折して実現しなかったが、明治一七年

大阪市において、池上雪枝が不良少年の保護に着手し、翌一八年一〇月には高瀬直郷が東京に「私立予備感化院」を創立し、明治一九年には千葉県下、仏教各宗寺院の共同事業として「千葉感化院」が創設された。かくして感化法制定までの一〇数年間に右のほか三重、京都、広島、和歌山、徳島、長崎など一〇県において篤志家の手により感化事業がすすめられた。

このころから感化事業の必要性を説く人も多くなり感化法の原案起草者となった小河滋次郎はとくに現行の懲治場制度が犯罪者養成学校であると説き「矯治感化を施す施設」の成立を訴えるなど広汎な活動を展開した。このような時期に教護院の大先達者、先覚者とよばれる留岡幸助が明治二二年に家族舎制度の家庭学校を設立するにいたった。<sup>(3)</sup>

留岡の学校はヨーロッパの「ホーム・スクール」を範とし、一家族ごとに少年一〇数名と経験豊かな夫婦を住ませ、これらに精神上的の教育と農業などをさせる、いわゆる家族的小舎夫婦制をわが国独得のものとして創立させた。感化法の制定前に民間の先覚者が事業として開始していることを特筆せねばならぬ。<sup>(4)</sup>

(1) 菊田幸一「わが国少年法史にみる年齢問題」(法律論叢四六卷二・三号)はとくに少年年齢取扱の発展過程を論じたものである。

(2) 生江孝之「我国児童保護事業の発展過程とその動向(其の二)」(「社会事業」三〇巻六、七号、一九四七年一五ページ)。

(3) 留岡幸助に関しては留岡清男・教育農場五十年(昭和三九年)があるほか、土井洋一「家庭学校史研究ノート——巢鴨家庭学校を中心に」(「社会事業史研究」二巻五一ページ以下)。留岡幸助日記(矯正協会一九七九年)参照。

(4) 教護院に関し菊田幸一・少年教護(一九七四年)を参照せよ。なお守屋克彦・少年の非行と教育(一九七七年)二二ページ以下に詳細な沿革の記述がある。

## (二) 感化法の制定<sup>(1)</sup>

感化法は明治三三年三月一〇日に制定された(法律三七号)。ここに不良少年に対する懲罰主義思想に代って、教育保護の思想が実現されたのであるが、従来の懲治監制度は改められず、実際の少年保護は従来の懲治場でいぜん行

なわれていた。また感化法の施行は府県会の決議を経て地方長官の具申により内務大臣が定めるものとなっており、感化法制定後、明治四十一年の同法第一次改正までの公認の感化院は私設感化事業にくらべ、わずか東京・大阪の二府、神奈川・埼玉・秋田の三県にすぎなかった。

本格的な感化院時代のはじまったのは明治四十一年（刑法の施行）の第一次感化法改正以後においてである。同改正において懲治場留置に関する規定は削られ、新刑法四一条は「一四歳に満たざる者の行為はこれを罰せず」となった。これにより、不良少年の処遇は感化院のみにまとめられ、従来の懲治処分は廃止された。かくして明治四十一年には北海道、京都のほか、長崎、群馬など一〇県が県立または代用感化院を創設し、大正四年までには全国の感化院は五十一か所を数えるにいたった。

当時の感化院には公立、私立、代用<sup>(2)</sup>の三種があり、いずれも何々感化院という名称をさけること、設置するに好ましい場所の選定、自営独立に必要な実科と教育、分類収容、予後指導による再非行の防止に関する規則を定めている（感化法施行規則<sup>(3)</sup>）。

(1) 詳細については菊田幸一・少年教護、六ページ以下参照。

(2) 代用感化院は私立の施設を内務大臣の許可をえて、感化院に代用したものを指す。

(3) 現実に設置された感化院のすべてがかようなユニークな配慮のみで支配されていたかどうかには問題がある。非行少年の隔離を目的とした設置場所もあった。

### 三 旧少年法の成立

感化法の公布いらい、第一次改正をはさんで、その後の不良少年の増加に対し感化法を手ぬるいとして、法律的には感化法中の親権の問題は司法処分たるべきものとの意見がでてきた。大正十一年司法省はこれまで審議してきた結果を少年審判法案として公表した。この少年法立法運動の理論的支えとなったのは穂積陳重の「米国における子供裁

判所」と題する講演であつた。<sup>(1)</sup> 司法省案は、これまで一八歳未満の少年犯罪者を感化院教育一本で管理してきた内務省に対し、矯正院（後の少年院）を司法省管理として設置するといふものであつた。この少年法の成立に対し反対した代表者の一人が小河滋次郎である。小河は少年をして裁判所の門を出入りさせることは、わが国児童保護の伝統的精神に沿わないとした（小河滋次郎・非少年法案論、一〇一—一ページ）。しかし、小河の主張は受入れられず感化法は改正され年齢一四歳以上を少年法、一四歳未満を感化法で扱うようになった。これくらい、わが国の非行少年対策は内務、司法の二本立てとなり、感化法に感化院法（大正一二年一月一日より施行）が新しく加わつた。

旧少年法およびその付属法である矯正院法は大正一一年に制定され（法律四二号）、一八歳未満の児童は少年法にもとづく少年審判所より送致された者のみに限定されることとなつた。かくして戦後の新少年法の施行後もこんにちまでの半世紀にわたり、わが国の少年保護は二分化のまま存続することとなつた。<sup>(2)</sup>

旧少年法の特徴は(1)少年の刑事事件については刑罰をもつてのぞむが教育改善の点より刑法、刑事手続および行刑に多くの特則をもうける。(2)刑罰はやむをえない場合のみとし、原則として保護処分優先にし九種類（訓誡、学校長訓誡、書面誓約、保護者引渡、保護団体委託、保護司観察、感化院送致、矯正院送致および病院送致）の保護処分を設置した。(3)保護処分の対象は罪を犯した少年だけでなく罪を犯す虞のある少年をも対象とした。(4)従来の感化法下においては保護処分は純然たる行政処分であつたが、司法的機能とケース・ワーク的機能を兼ねた少年審判所を司法機構のなかに設けた。

少年法の制定により従来、感化法のもとで保護されていた少年の一部は、少年法の保護処分をうけることとなつたが、犯罪少年とぐ犯少年を除くその他の保護を要する少年は従来どおり感化法により保護された。他方、昭和五年ごろより世界的不況と感化院収容児童の増加に対処するため感化法改正運動が展開され、昭和八年五月五日より少年教

護法（法律五五号）が公布された。同法は従来の感化院の呼名を少年教護院と呼ぶこととし、教護院内に少年鑑別所を設け（四条）、科学的診断をし、従来、ぐ犯少年を扱えなかったのに対処するため收容保護のほかに觀察保護および委託保護の制度をあらたに加えることとなった。その結果、少年法の保護処分との差はなくなったが、対象者の年齢を一四歳未満の者とする事で取扱区分をもうけた。少年教護法の成立は内務省当局（昭和一三年より厚生省となつてゐる）が司法当局との対決を通じ、わが国少年保護の本質的な点でのまきかえしの時期であつたが、現実にはむしろ刑事司法の側から少年保護立法の一元化構想がうち出され、感化事業はいっそうその閉鎖性を強めていった（土井洋一「青少年非行―教護院問題の一考察―」（小川・永井ほか編・教育と福祉の権利、二二三ページ）。

（一）この講演は東京大学の法理研究会でなされたものであるが、この講演がもとになって政府要員は他日、少年裁判法を制定すべきことを約して感化法第一次改正がなされた。同講演は後に法学協会雑誌（二五卷九号一二五八ページ以下）に納められた。

（二）感化事業は昭和八年の少年教護法の成立（法律五五号）、昭和二二年の児童福祉法（法律一六四号）による統合と変遷を経るわけであるが、率直にいつて小河滋次郎が指摘した少年非行取扱の刑罰化はこの時点より進展したといえる。

#### 四 現行少年法の成立

敗戦を契機として少年保護事業は大きな転機を迎え、児童保護立法の統合化、少年教護法と少年法の一本化、所管省の一元化等の問題が論議されたが、少年教護法は児童虐待防止法（昭和八年）、母子保護法とともに児童福祉法（法律一六四号）の第四条、教護院に包含され、少年鑑別所は廃止され、その業務は新設の児童相談所にゆづられた。他方、司法省はGHQの指導のもとで少年法の制定に着手し、旧少年法、矯正院法は新少年法（昭和二三年）、新少年院法、犯罪者予防更生法などに引継がれることとなった。いわゆる二本建制はこんにちにいたっている。

現行少年法は昭和二三年法律第一六八号として公布された。新憲法下におけるアメリカの強い影響のもとで米国標



準少年裁判所法を模範として制定された。それは旧少年法の一部改正ではなく、まったくの新立法であつた。新少年法の特徴はつぎにのべる通りであるが、旧少年法と比べての功罪は種々提起できる。今ここでそのすべてを論ずることはできないが、もっとも大きな変革である家庭裁判所の設立と憲法との関係についてのべておきたい。

ほんらい少年の保護処分は行政処分であり、少年審判所で処分することに問題はない。しかし新憲法が三権分立を根幹とした結果、司法省と裁判所は分離するにいたつた。そのため少年審判所は司法省所轄となつたが、保護処分として矯正院（少年院）送致その他の強制処分を行なうのであるから裁判所に移ることが新憲法上からは当然のこととされた。しかし保護処分は行政処分であるから裁判所へ移ることはむしろ憲法の三権分立の原則からみても必ずしも当然とはいえないとの批判も生ずる。しかし三権分立そのものは人権保障のための原則であり、行政処分としての保護処分も人権保証の観点から裁判所へ移されたものとすれば、そのことによつて裁判所の絶対性が損われたというわけにいかないといわれる（柏木千秋・新少年法概説・昭和二四年、七ページ）。要するに身体の拘束を伴う保護処分を行政権のみに専断的に権限を与えることは危険であるとの考え方が根底にある。そのような意味においてはかつて少年法の制定に批判的であつた小河滋次郎の見解からはますます遠ざかり、少年をいっそう司法的判断で扱うことになつたといえよう。しかし小河滋次郎の見解に従うまでもなく、保護処分はいわゆる刑事処分と異なるものであり、ほんらいは司法的判断になじまないものである。ところが少年教護から少年審判へ、そしてさらに、家庭裁判所へと少年の扱いは徐々に司法的扱いに近づいてきたことは皮肉である。しかし家庭裁判所の性格は、いわゆる純粹の司法機関ではなく、行政裁判所たる性格をも有するものである。少年法が旧少年法において九種類であつた保護処分を三種類に限つたのは強制力を伴う保護処分を裁判所をして専断的に扱うことで人権を保護するとしたところにあると同時に、あたらしく試験観察制度を導入したことは家庭裁判所が単なる司法裁判所ではないことを具体的に示すものといえよ

う。そこに実は新少年法の扱う保護処分は一方では人権保障上、身体拘束を伴う少年院送致決定権を有する以上、実質的には刑罰となんら異なるものではないことを認めざるをえないと同時に、他方では広い意味での保安処分の一種としての保護処分であるとの見方を捨てきれないという矛盾を有していることを指摘せねばならない。わが少年法の保護理念はかくしてアメリカ少年保護理念のうち、再犯を防止して犯罪から社会を防衛しようとする消極面のみをとり入れ、少年の福祉増進といった積極面は児童福祉法の中へ顕現されるにいたった<sup>(1)</sup>。

この根底には前述したように、少年審判所ないし少年裁判所と児童相談所の措置という、少年を扱う機関の二元的機構が大きく影響している。ほんらい刑務所を管轄する法務省が少年院をも管轄したところに少年法のもつ矛盾が結果したもの<sup>(2)</sup>と指摘せざるをえない。しかしこのような見方に対しては批判的立場もある<sup>(3)</sup>。それは少年法の状況が「刑事法的なものと後見的なものとの結合、司法的な機能と福祉的な機能との妥協調和の中に見出される」とする考え方にたち、「司法による福祉」から「司法における福祉」へ、さらにすすんで両者を止揚統合した「司法福祉」こそ両者のあるべき姿というべきであろう（兼頭、前掲論文一七二ページ）との考え方にもとづく。

この点については別に論ずることとするが、家庭裁判所の設立は後述のように多くの斬新な制度をとり入れた反面、旧法に比べていちじるしく形式化し、刑事訴訟法化したことは周知のところである。むしろ旧法のもっていた多くの事実上の措置を新少年法においてもとりうるものであることは試験観察の例をみるまでもなく理解される。問題はいかにして、いうところの「司法福祉」への活路を見出すかにある。こんにちこのようなことが実現することはありえない。少年法の成立と同時ににはじまったとされる少年法の改正の動きはわずかに残存されたともいえる「福祉的機能」をさらにぬぐい去り、よりいっそう「司法的機能」へ変革しようとするところにある。新少年法はかくしてもとときわめて悲観的運命をもってスタートしたといわざるをえないであろう。

新少年法の特色を列挙するならば、(1)少年に対する保護処分<sup>(1)</sup>の決定は裁判所がこれをするものとしたこと、そのための機関として従来の行政機関であった少年審判所に代り家庭裁判所が新しく設置された。(2)少年の年齢を従来の一八歳から二〇歳まで引上げたこと、このことは諸外国の例からみても画期的なことであった。(3)保護処分先議主義をとったこと、旧法では検察官が起訴するか否かを決定し、公訴を提起せず保護処分を必要とする者のみを少年審判所で審判したのに対し家庭裁判所が先議権をもつにいたった。(4)旧少年法においては九種類の保護処分であったが、これを新法では、(イ)保護観察、(ロ)教護院・養護施設送致、(ハ)少年院送致の三種類に限定したこと、(5)少年事件の調査に家庭裁判所調査官制度を設け心身鑑別のための少年鑑別所を設立したこと、いわゆる少年裁判所に科学主義を導入したこと、(6)少年審判所においては認められていなかった不服申立制度としての抗告権を認めたこと、(7)少年の福祉を害する成人の刑事事件に対する裁判権について特別の措置を講じたことなどである。なおその他に家庭裁判所(Family Court)というまったく新しい装いで出発したことも特筆される。

- (1) 円井正夫氏は「非行少年に対する保護処分と刑事処分」(家庭裁判所の諸問題(下巻)四六ページ)において、わが国の少年保護法制は、西ドイツと同じく二本建制を採用しており、アメリカの社会政策的色彩の強いものと異なることを指摘している。
- (2) 兼頭吉市「少年保護における司法機関と福祉機関」刑法雑誌一九卷(一九七三年)三・四号一三八ページ。
- (3) 森田宗一「少年保護の基礎理論」小川太郎ほか編・少年非行と少年保護(昭和三五年)五ページ。

## 第二章 少年保護の性格

### 一、少年保護の本質

少年保護の本質が「少年の健全な育成を期する」ところにあることは改めてここに指摘するまでもない。<sup>(1)</sup>家庭裁判所に通告、報告、送致された少年を受理すれば当該少年に保護を加えるべきか、非公式な保護で足りるか、また公式

な保護過程に入るべきかを調査選別しなければならない。それらの受理から終局決定たる保護処分に至るまでの全過程を少年保護とする考え方が一般的であり、保護処分はその過程における手段の一つであるともいえる。これに對し少年保護における福祉機能は保護処分に限定されるところの考え方がある。そのような立場からは中間措置である試験觀察や觀護措置は終局的な保護措置決定のための資料をうるためのものであるとの見解となる（平場・前掲書四五ページ）。少年法改正における保護処分の多様化の主張はこのような見解にもとづくものといえる。このような立場をとる一人である平場教授によると保護処分の保護といっても「他人から害される危険からの保護よりは、むしろ他人を害する危険からの保護であるから、治安予防の見地も入っているとみないわけにいかぬであろう」（平場・前掲書四六ページ以下参照）として少年法上の保護処分は児童福祉法上の保護措置とは一線を画さなければならないとされる。たしかに、まったく刑事的色彩のない児童福祉法と強制処分たる保護処分においては同一に論じられないものがある。平場教授はこの点をさらに「福祉処分は任意処分として、そのような親権を代行するに止まる。保護処分が私法上の監護権をこえて少年に強制を加えうるのは、社会防衛の必要があるからである」とされる。そのような強制処分を受ける理由は少年の非行にあるという。ここにおいてもさきに指摘したように児童福祉が社会政策であり少年保護が刑事政策の一環であるとして区分する立場が土台となっている。しかし、われわれは単なる強制力の有無で福祉処分と保護処分を区分することが妥当とはおもわない。少年法第一条に規定する「少年の健全な育成」は児童福祉法第一条に規定する「すべて国民は児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるように努めなければならない。すべて児童は、ひとしくその生活を保証され、愛護されなければならない」とする精神と同一の目的のうえになりたっているものである。というより非行少年も非行をしたために児童であることを止めたわけではない。児童福祉法と少年法は主従の関係にあるのではなく、並列に存在するもの<sup>(2)</sup>と考えるべきである。

非行少年は、非行を理由に短絡的に自由を奪われる存在ではない。非行は単なる犯罪的危険性の徴表としてではなく、むしろ犯罪の危険性を推測するための前提要件にすぎず、いわば消極的存在である。さらにたとえ犯罪的危険性、累非行性が認められるにしても、それがただちに保護処分結びつくものではなく、児童福祉法の措置あるいは治療教育的措置を選択する余地を家庭裁判所が有していることも忘れてはならないであろう。ましてや「保護者の監督不届」のため少年がなぜに強制処分を—社会防衛の手段として—うけ、隔離されなければならない理由があるのかを問題にしなければならない。「少年保護手続の目的の一つは、処分を必要としない少年を選び出すことにある」(前野育三・刑事政策と治安政策、昭和五四年一四ページ)との主張もある。非行少年の多くは環境障害者である。自らの意志とは関係なく理屈なしに非行に陥ったものであり、それ故にこそ「健全育成」されなければならない、それを享受する権利を有するものである。ただ児童福祉法が児童一般を対象とするに對し、少年法が非行を前提とするため種々の法的保障を規定したところに相違があるにすぎない。

平場教授によると「本人の幸福のためのみの処分ならば、それは親権に認められる範囲の強制にとまらねばならない」とされ保護処分との相違を強調される。そして保護処分の本質は矯正処分であるとする。

平場教授がここでのべられている「矯正処分」が具体的にどのような内容のものをさすのかは必ずしも明らかではないが「反社会的犯罪には当然社会的反動があることを教えるものだ」と解されているところからみると保護処分としての少年院は刑務所と同一とみておられるようである。われわれはこのような指摘が昭和三十年代に発表されていることに改めておどろきをもつとともに、こんにちでは、このことが通説的見解として定着していることを認めざるをえない。

少年保護の過程は家庭裁判所についていえば受理からはじまり調査、審判を経ていく時間的経過において当該少年

が、その機能とのふれあいのなかにおいて再非行のおそれなくなれば審判不開始、不処分<sup>1</sup>の決定をも下すものであり、非行事実の存在がただちに保護処分決定に結びつくものではない。保護処分はその最終手段である。そしてその最終手段たる保護処分もたしかに現実には強制処分であり、少年のための少年院が刑務所化している事実是否定できないけれども、それは現実問題であつて保護処分の本質ではない。執行機関の不十分な処遇の実体を合理化するような論理は許されてはならないであらう。

少年保護の本質は対象少年の犯罪的危険性を非行を中心として科学的に調査・診断し、その診断にもとづき少年自身の能力と社会資源を利用することで犯罪的危険性を除去し、社会の倫理的秩序に適応するよう援助・指導するところにあると定義づけられよう。アメリカにおける少年裁判所運動はかくして、ソーシャル・ケース・ワークを中心として発展してきた。後述する司法機能と福祉機能の関係は少年保護のケース・ワーク機能を充足するための補助手段であるべきことをのべたのであり、平場教授の指摘のごとく保護処分Ⅱ矯正処分への単なる保護過程であるべきではない。

(1) 赤羽忠之「少年法における教育の論理」(児童福祉研究創刊号一〇五ページ)は健全育成という目標自体まったく相容れない内容すら含ませうるあいまいな概念としているが、この見解に対する検討は別に論ずる。

(2) 兼頭、前掲論文では「児童福祉法冒頭の規定は、すべての児童に関する法令の施行にあたつて常に尊重されるべき総則的な規定である。したがって、少年法はもちろん少年院法、あるいは犯罪者予防更生法、保護司法等も児童福祉法の領域に入れることも決して理由のないことではない」としている。なお同旨、穴山徳夫・児童福祉法<sup>母子福祉法</sup>母子保護法の解説」(昭和三二年)一七一ページ。

## 二、司法機能と福祉機能

非行を含む要保護状態にある少年に対する少年審判手続は司法機関である家庭裁判所で行なわれる。しかし家庭裁

判所は司法機関として司法機能のみを發揮するのではなく、同時に福祉機能をも併せ有するところに特色がある。この両機能が少年審判において追求されるべきことには異論はないが、両機能にどのような期待をもつかについては、わが少年法の成立以後の短い歴史においても理論的にも実務的にもかなりの変遷と動揺を重ねている。<sup>(1)</sup>

まず家庭裁判所における司法機能は「個別化された司法」といわれるごとく、刑事訴訟法のごとく当事者主義をとらず職権主義的構造により、当該少年にいかなる保護を加えることが適切であるかの過程であり、審判の開始もしくは通告、送致の段階から妥当な国家的保護の追求にむけられる。ただし国家的保護の追求が必ずしもつねに少年の保護に結びつくとの保証はなく、そこに少年審判における司法機能の要請が働く。とくに非行事実の存在に関しては(1)任意性のない自白の証拠能力の否定、(2)少年に対する被疑事実および黙否権の告知義務といった刑事訴訟法上の要請が満たされることが必要であると指摘されてきた。<sup>(2)</sup> このことは、さらに単に非行事実の認定にとどまらず処遇決定の段階においても人権保障の要請が求められるにいたった。<sup>(3)</sup> それは保護処分といっても、現実には自由の拘束を伴う強制力を基本にするから当然であるというところからも論拠づけられる。この立場は「司法機能をもつばら手続的な側面で把える立場が、少年法の第一次的な機能を福祉機能—教育的機能として把握し、その実現にあたっての過誤を救うものとして司法機能を論じている」(守屋・前掲書三三五ページ)とみることもできよう。

ところが司法機能のなかに単なる手続的な側面のみならず、社会防衛ないし公共の秩序の維持という実体的側面を強調する立場がある。<sup>(4)</sup> その強調するところは「少年個人の福祉の増進を目指すとともに社会の福祉をも護るべく、法と社会正義とにより課された使命がある」とし、司法機能そのものを社会防衛の要求手段ともするところにある。このような考え方はこんにちの少年実務においても定着した考え方であるといえる。<sup>(5)</sup> さきにのべた司法機能をもつばら手続的な側面からとらえていた考え方、つまり福祉機能を補充するものとして司法機能をとらえていたところから、

こんにちでは司法機能が福祉機能と対立・調和(?)する形において表面化してきているところに特色がある。さらにまた社会防衛の要求が福祉機能を従属させる方向に定着しつつある。<sup>(6)</sup>

このような少年裁判実務の方向性が実は少年法改正の骨子である検察官の立会権、意見陳述権、証拠調請求権、抗告権導入といった刑事司法化への延長線にあることを指摘せざるをえない。

たしかにこんにちの少年法が検察官送致を認め、刑事処分の可能性を残していること自体が妥協の産物であることはこれまでも指摘してきた。その意味ではここで指摘したような司法機能顕現化の要因は立法当初から有していたことは否定できない。しかし、現行少年法が妥協の産物であるとするか、あるいは司法機能と福祉機能との調和のうえに成りたっているか、さらには、司法機能のなかに福祉機能が包摂されているとするかは「少年の健全な育成を期する」少年法の理念から自ら方向づけられなければならない。こんにちこそかかる原点からの指導理念が要請されているものといえよう。そこで「少年の健全な育成を期する」福祉機能が少年法においていかに位置づけられるべきかについてつぎに検討しておこう。

福祉機能という言葉も実はきわめて多義的にとらえられている。たとえば、昭和四十一年に法務省が発表した少年法改正構想説明書は、刑罰もまた犯人の教化・更生を目的として科せられる教育手段の一つであるとしている。<sup>(7)</sup>しかし「人格の円満な発展に資するという真の意味の教育を考えた場合にもなお刑罰処分が連続性を有するものとする」とは、犯罪者の処遇手段として刑罰にかえて保護処分が創設された意味を無視する」(守屋・前掲書三四一ページ)ものといえよう。他方、少年の健全な育成に資するものとしての福祉をみるほんらいの立場は当然ながら福祉機能を中心として主張されている。しかし、そのような立場からはたとえば児童福祉法は社会政策であるが少年法は刑事政策であるとの見方が一般的である。この場合に使われる刑事政策という言葉は非行少年から社会を防衛するものとして



理解されている面が強い。ところが眞の刑事政策が児童や少年を犯罪から守ることにあるとする、いわば「よりよき刑事政策はよりよき社会政策にある」とする格言で代表される児童福祉の理念と共通のものであることの認識がなされなければならない。結局、児童福祉法も少年法もその理念において区別すべきものはない。ただ、児童福祉法は児童一般を対象とするに対し、少年法は非行少年を対象とするところに諸種の相違が生ずるとの指摘となる。<sup>(8)</sup>このように多義的に理解される福祉機能を少年法においていかに理解すべきであるうか。これを整理するとつぎのようになる。

第一の考え方は刑罰も保護処分と同じく教化・改善の手段たりうるとする。この考え方は少年法の刑罰化を正当化する根拠としての発想であつてここでは検討に値しない。

第二の考え方は司法機能と福祉機能の調和こそ家庭裁判所がその機能を充分發揮できるとするものである。この考え方はこんにちの通説のごとくされるが、従来、福祉機能のなかに包摂されていた社会防衛の要求を対立関係に仕上げるところに危険なものがある。

第三の考え方は福祉機能の円滑な遂行によつて司法機能も実現をみるという、あくまでも司法機能を福祉機能の二次的、補充的な位置を占めるにすぎないとの考え方である(守屋・前掲書三四〇ページ)。この考え方は児童福祉法と少年法が根本的に差異がなく、ただ単に手続面に技術的なちがいがあるにすぎないとする考え方と共通のものがあつるが、前者が二次的、補充的なものとして司法機能をみるに対し、後者は司法機能そのものも福祉機能と一体であるとし、上下主従関係はないとするところに若干の重点の相違があるようにおもわれる(兼頭・前掲論文一七一ページ)。つまり第四の考え方は、福祉機能と司法機能は少年にとつて一方を他方の手段としたり、あるいは、犠牲にするこゝとのできないどちらもかけがえのない権利であるとする。かくして「司法と福祉」ではなく、「司法による福祉」から「司法における福祉」に、さらに両者を止場統合して「司法福祉」こそ両者のあるべき姿であるとする(兼頭・前掲

## 論文一七二ページ)。

この第四の考え方こそ、こんにちのわが少年法における指導理念とされなければならない。それは単に妥協の産物として少年法があるとするのではなく、あるべき方向としての指標である。しかし、ともするとこの「司法福祉」も単なる司法と福祉の調和論(第三の考え方)と同一化する可能性がある。それはこれまでに指摘したように「家庭に光を、少年に愛と希望を」という旗じるしのもとに憲法の精神にもとづき迎えられてきた少年法が、現実にはきわめて色あせたものとなっていることを忘れてはならない。こんにち要請されるべき指導理念はいっそう着実な説得力であろう。その意味でわたくしは第三の考え方がこんにち強調されなければならないと考える。

(1) 守屋克彦・少年の非行と教育(一九七七年)三三一ページ以下は適格に変遷をとらえている。

(2) 司法研究報告書第七輯一号。

(3) 昭和三〇年一月「全国少年係裁判官会同最高裁長官あいさつ」(少年執務資料集・改訂版・(1)一九ページ所収)。

(4) 森田宗一「少年保護事件における調査審判の理論と実際」(司法研究報告書第四輯四号。同判事は具体的な事件処理における司法機能と福祉機能の調和を強調する。同旨、団藤、森田・新版少年法一四ページ。平場・少年法四六ページ)。

(5) 昭和三六年一月全国少年係裁判官会同最高裁長官あいさつ。昭和四七年二月全国少年事件担当裁判官最高裁判官あいさつ。(いずれも少年執務資料集改訂版(1)一九ページ以下所収)。

(6) 昭和三六年一月全国少年係裁判官会同最高裁長官あいさつ。ここでは少年の保護と教育だけではなく、社会一般の福祉と安全という司法の基本使命を忘れてはならないと強調されるにいたった。同旨、昭和四七年一月全国少年事件担当裁判官会同最高裁長官あいさつ。(少年執務資料集・改訂版(1)二〇ページ、二三ページ所収)。

(7) 少年法改正構想明書(昭和四一年) ページ。

(8) この点をするべく指摘したのは、兼頭吉市「少年保護における司法機関と福祉機関」刑法雑誌一九卷三・四号一三七ページ以下。

### 三、要保護性

「要保護性」という言葉をこんにちのように定着するに貢献されたのは裾分判事のようなものである（裾分一立「要保護性試論」家裁月報五巻四号二二ページ以下参照）。その主張するところは責任の概念は、保護理論においては要保護性の概念に構成しななければならないとすることにあつた。責任に代えて要保護性が保護処分を必要とし相当とする根拠となるものとする。そしてこの提言をうけて要保護性を法律概念として定着させたのは平井判事である（平井「非行と要保護性」家裁月報六巻二号）。平井判事によると要保護性の第一の要素は累非行性であり、第二の要素は矯正可能性であり、そして第三の要素は保護相当性である（平井・前掲論文一八一—一九ページ）。

第一の累非行性は非行を犯す危険性である。非行行為は必ずしもただちにそれをもってさらに非行をくり返す危険性を示すものではなく、単なる一過性のものもあれば過失による場合もある。このような場合には要保護性はない。第二の矯正可能性は、保護処分によって累非行性を除去することのできる可能性のことである。したがってその可能性のない者、たとえば精神障害者、確信犯のような者には累非行性は認められても矯正可能性がないので保護処分にはすることはできない。つまり要保護性がないということになる。第三の保護相当性は、保護処分によることがもつとも効果的であると認められることを要する。たとえば累非行性、矯正可能性があつても他の福祉的措置や刑罰を犯すことが相当な者については要保護性は阻却されるとする。

これに対し矯正可能性を要保護性の要件とすることに疑問をもたれるのは平場教授である（平場・前掲書三七ページ以下）。教授によると家庭裁判所は少年の人格、経歴等の調査に基づき、適当な保護の処置をとる所であり、保護処分の言渡し機関としてのものだけではなく、「福祉機関や検察官への送致もまた保護の一方法である」とし、「家庭裁判所の行なう保護の要件は非行反覆の危険性のみであり、さらにすすんで保護処分を加えるときにのみこれらの

矯正可能性なり保護相当性などが問題になるとみるべきである」入江（平場・前掲書三八ページ）とする。

平場教授のだされた疑問に対し、その後どのような反論がだされているか明らかではないが、筆者はつぎのごとく考える。つまり平場教授は「要保護性」を少年法二四条に掲げる保護処分のみ要件と限定しているので矯正可能性や保護相当性はその時点においてのみ考慮すればよいという判断に至る。しかし「要保護性」の概念は実体的に家庭裁判所が少年の非行を契機として調査審判の対象として観念するかどうかの条件である。その意味で察判不開始決定、不処分決定は要保護性不存在の判断結果であるが、要保護性は固定的なものではなく、入江判事の定義によれば「将来の触法行為の要因としての現在の個性および環境の相関的異常状態」（「少年保護事件における若干の法律問題」家裁月報五卷八号一二ページ）であり、固定的なものではない。非行発生、事件受理、審判開始そして終局決定に至る時間的経過において変化するものである。要保護性の要件は、かくして一応の区切りを、実務的にはたとえば決定書完成の時とするにすぎない。その決定時点において（これまでの経過から）要保護性が判断されるのであって、教授の指摘のように保護処分を加える時のみに突如として要保護性の存在が確定するものではない。かくして要保護性の要素は時間的継続のなかにおいて累非行性を根幹としながらも、さらに矯正可能性なり保護相当性を判断対象として持続すべき性格のものとする。

つぎに平場教授に向けられるべき批判の第二は、検察官送致も「少年の健全な育成を期」す少年法の目的から認められた制度であり、福祉機関の検察官への送致も保護の一方法であるとされている点である。たしかに、いわゆる刑罰がある少年にとってはもつとも有効な保護手段であることを全面的に否定することはできないであろう。またまったく保護手段が発見できないときに検察官送致（法二〇条）をすることも保護の一つであるとする見方ができないわけではない。しかし平場教授の表現されるように検察官送致が少年法の目的からすなおに認められた制度であるとい

えるのかどうかは問題である。現行少年法が檢察送致を認めているのは少年犯罪に関しても国民の応報感情を無視すべきではないとする立法上の妥協の産物であり、かりに檢察官送致により少年が更生したとしても、それは裁判所が保護の一方法として送致した結果のものではなく、多分に付随的なものであると考えるべきである。平場教授の論理からすれば少年を刑務所へ收容するのも保護の一つであり、これを拡大すれば少年に死刑を科すことも保護の一つだということになる。かような保護がいわゆる「少年の健全な育成を期」する少年法の目的と同一の理念の上にあるとはとうていいえない。少年法二〇条の規定は暫定的に存在するものであり、少年法の理念に逆行するものである。ただし矯正可能性を要保護性の要素の一つとするのは家庭裁判所が保護処分言渡機関としての働きを有するものというのではなく、福祉機関への送致ならびに不開始、不処分も保護の一つであることは当然といえよう。

さらに平場教授は要保護法はしたがって刑事処分相当性、福祉処分相当性、不処分相当性と同列にならぶ保護処分相当性であるとされる。しかし要保護性の概念は保護処分決定時における相当性のみを内容とするものではないこと前述のとおりであるから、このように同列に扱うことは必ずしも適當でない。のみならず、平場教授によると要保護性というのは現在の保護状態では少年の危険性を制御できないことであるとされるが、むしろ要保護性の基本的要件は「現在の保護状態を排除もしくは補充することにより危険性を排除することのできる可能性」いかにあると表現すべきであろう。したがって人格的な危険性のない者でも環境的危険性や保護欠如性を除去するための環境調整をする必要のある者については保護をうち切ることはできないであろう。

つぎに、平井判事があげられる要保護性の三要素につき検討してみたい。問題とすべき第一は、平井判事は累非行性からみて過失は除外するとされているが、過失犯であるから当然に累非行性なしとして要保護性を阻却するのは問題である。過失犯を犯した少年をいろいろの角度から調査し性格的に偏りがあり、当該業務にたずさわっていること

が再び同様の過失犯を犯す可能性が予見できるならば環境を排除する措置をとることが保護処分の一つとして可能な場合も存するものとおもわれる。

第二に確信犯も同じく要保護性なしとされるが、われわれは確信犯なる犯罪類型を認めないのでどのようなものを具体的に想定するのか明らかにされる必要があるとおもわれるが、かりに政治的確信により傷害罪を犯した少年に対し確信犯であるとして保護処分に当然になじまないものと判断してよいものか問題であろう。ある意味では確信にもとづく傷害でなければ、もっとも累非行性が高いわけで、それをも要保護性から阻却するのはあまりにも消極的のうにおもわれる。確信の有無とは別に傷害犯を犯した少年として要保護性を判断すべきであろう。

このように要保護性の本質をなすものは累非行性、つまり再び非行を犯すことの危険性にあるが、同じく犯罪を犯すおそれある、いわゆるぐ犯性（法三条一項三号）との関係をどのように解するかの問題がある。われわれはぐ犯性とは犯罪少年、触性少年とならぶ非行の一類型であると考えており、ただ、ぐ犯は犯罪を犯す危険性のある状態（ぐ犯事由の存在）である点で他の非行類型と異なるにすぎない。したがって非行もぐ犯性も保護処分決定の際、つまり要保護性の存否判断時において存在することが必要である。その場合、ぐ犯は非行と同じく通告・報告または送致前の一時点における状態であるに対し、要保護性の一要素としての累非行性は審判時における判断であるところに相違がある。

これに対し要保護性を非行時における危険性とされる平場教授によると、ぐ犯のときにあつては犯罪は行なわれていないのであるから不良行為自体からは要保護性を結論づけることはできない。将来の犯罪行為、触法行為を犯す危険性から要保護性を判断せざるをえない。そうなるとぐ犯性と要保護性とは本質的になんら異なるところはないこととなる。入江判事の説明するように、ぐ犯性は手続的に審判権取得の条件であり、要保護性は調査審判の対象である

という点でその位置内容は根本的に異なる（入江・前掲論文一二―一三ページ）。内容的にみても、ぐ犯性の方が要保護性に先行しているとみるべきであるし、ぐ犯性は一回性のものであり、要保護性は審判までの段階的なものである。平場教授のように判断時と非行時に要保護性を分けることはいかにも不自然であるといわねばならない。

このように要保護性は保護処分決定時における判断であるが、必ずしも要保護性の存否が明白になるわけではなく、一定期間の猶予をまつて判断しなければその存否を決定できないことがある。少年法はそうなときに試験観察決定（法二五条）をする方法を定めている。むしろ試験観察はむしろプロベーションとして独自の少年処遇上の手段たる積極的なものであると考えられるが、他面では前記のごとく要保護性存否の判断を後日まで猶予するものである。条文が「第二四条第一項の保護処分を決定するため必要があると認めらるるもの」としているのはかかる意味をもっている。

#### 四、不告不理の原則

少年保護事件における審理（調査と審判を含む）の対象が非行事実にあるのではなく、当該少年の要保護性にあることは、これまでに明らかにしたのであるが、少年法四六条は保護処分の効力として憲法三九条の一事不再理と類似の規定をもうけ、非行事実についての既判力に類似した効果を認めている。

この少年法四六条の法的根拠を憲法上の一事不再理の原則に求めるべきかどうかについては争いがあり、こんにちではむしろ否定的に憲法上の要請ではなく、少年の補導教育の見地から設けられたとする見解が一般的である。<sup>(1)</sup>その論拠はもし少年法四六条が憲法三九条後段の原則を表明したものとすれば、非行の不存在を理由とする審判不開始決定および不処分決定ならびに保護処分取消決定に対しても同様の効力を認めるべきであるが、少年法四六条は単に犯罪少年だけをあげているからである。しかし憲法三九条とかかわりなく教育的見地のみからこの規定があると解する

ことも困難であり、「教育的見地にたつて憲法三九条の精神をくんで」（平井・前掲論文八ページ）明文をもうけたものであるとする。したがって保護処分の方に少年法が限定した理由は、実質的に保護処分といっても刑罰と変るところがないからとくに問題になりそうな場合についてののみ明文を設けたと考える。かくして実質的にはその趣旨をひらめて犯罪少年に限る必要はなく、触性少年やぐ犯少年、あるいは審判不開始、不処分決定にも類推適用されるべきだということになる（入江・前掲論文一六ページ）。これをさらに普遍するとつぎのようになる（今中道信「少年保護事件における不告不理」家裁月報四卷二号六三ページ以下参照）。

刑事事件においては同一犯罪について重ねて刑事上の責任を問われないということは憲法上の要請であるが、保護事件は「保護処分」を目的として発展するものであって、終局決定に至るまで事件は進展し、それまではいかなる決定に至るかどうかは判然としていない。いったん審理が開始されると審理の対象は非行事実を含む累非行性、つまり要保護性の存否にむけられる。たしかに現行少年法は刑事政策的背景をもっているが、少年審判が衡平法的視点をその重点にしていることもいうまでもない。少年審判は犯罪よりも犯罪者を、事実より人を対象とするものである。少年保護事件はまさに要保護性を有する特定の少年に向けられた「事件一般」であって、特定の事件そのものではない。かくして、少年保護事件における不告不理の原則は、裁判所は、他から通告、報告、送致および移送（法六条、七条、四二条、四一条、少審規三条三項、一八条四項）を受けない少年について審判権を有しないこと、逆にいえば、審理の対象となった少年についてはその全非行事実について審判の義務を有するものといえる。

これに対し、要保護性を「事件一般」としてとらえ一事不再理を認めると、少年保護事件においては事件の併合分離という観念が存在する余地はなくなるとの批判がある。<sup>(2)</sup>しかし、少年保護事件は刑事訴訟法のように公訴事実を嚴格に特定し、一事不再理の原則を嚴格にする必要はなく、少年保護事件の非行事實は審判権取得のための一手段にす



ぎないものと考えるべきである。

かくして少年保護事件を特定事件の一般とする考え方と審判権取得の一条件にすぎないとの考え方のいずれにおいても一つの非行事実によって送致事実のみならず、既存のすべての非行事実が裁判所によって明らかにされなければならない点では同一の結論となる。それがたとえ終局決定後、それ以前の非行事実についてあらたに送致があった場合にも、要保護性からあらたに保護処分を言渡す必要のないものであれば教育的見地から審判する必要はない。しかし、この点に関しては事件を特定少年の事件一般と考えた場合には新たな送致は一事不再理の制限に服さなければならず、形式的終局決定としての審判不開始となるのに対し、審判権取得の一条件とする立場からは実体的終局決定としての審判不開始決定か不処分決定をしなくてはならないという結論となる。

この二つの結論の相違は実質的には旧少年法にあって現行少年法では削除された自庁認知と関連してくる。<sup>(3)</sup> 特定少年の事件一般とした場合はあらたな送致がなければ審判することができず、いわゆる自庁認知を削除した現行少年法を文字どおり厳格に実施するものとなる。これに対し、審判権取得の一条件とする立場からは厳格に不告不理を貫く必要はなく、自庁認知をゆるやかに解することとなる。

少年保護事件における不告不理の問題は入江判事の指摘のように、事件を送致事実と少年によって特定することはむろんであるが、刑事訴訟法における同一に不告不理の原則を厳格に貫く必要はないのであって、これをどの程度認めるかどうかは少年保護事件の特質から目的的に結論を出さねばならないだろう。

(1) 平井「保護処分の効力」(家裁月報六卷三号)、入江・前掲論文一六ページ。なお司法研修所編「少年法概説」(三訂版・一五四ページ)は「本条は憲法三九条後段の要請に従って設けられたものである」としながら「これ以外の事件について重ねて審判に付し、あるいは刑事訴追をすることができかどうかは、理論と運用に委ねられている」と解釈し、「少年審判そのものに内在する教育的機能も考慮して、少年保護における一事不再理を的確には握しなければならない」とその態度の変遷を明ら

かにしている。

(2) 裾分一立「少年保護事件手続に関する一考察」家裁月報四卷一〇号九二ページ。「事件一般」としてとらえる今中判事によると、A事実で保護処分になったがA事実以外にB、C等の事実があった場合、少年法四六条の効力をA事実のみならず、B、Cの事実にも認めざるをえなくなるが、少年法四六条をそこまで拡大すべきではないとの批判となる。

(3) 自片認知は旧少年法で認められていた。自片認知が現行少年法で認められていない理由は家庭裁判所が旧少年法に比べていっそう司法的色彩が濃厚となったことの証左でもある。しかし少年保護の理念から刑訴のように厳格な不告不理の原則を貫かねばならない理由はない。

### 第三章 少年の保護機関

#### 一、発見段階の機関

少年の保護事件は「審判に付すべき少年の発見」(法六条)、「少年の被疑事件についての捜査」(法四一条、四二条)といった発見活動にはじまる。しかし審判に付すべき少年を発見するための特定の専門機関が存在するわけではない。公的な機関としては刑事訴訟法上の捜査機関、司法警察職員、検察官、都道府県知事および児童相談所長、その他一般人も非行少年の発見に關与する。

#### (一) 司法警察職員

司法警察職員は司法警察員および司法巡査からなっており、これを一般警察職員(警察官)といっている(刑訴一八九条一項<sup>(1)</sup>)。一般司法警察職員のうち巡査部長以上を司法警察員とし、巡査を司法巡査としている(昭和二九年国家公安委員会規則五号)。なお国税庁監察官、鉄道公安職員にも特別法により捜査の権限が与えられている(鉄道公安職員の職務に関する法律一条、三条)。警視庁および道府県警察本部では刑事部防犯統計課少年係、各警察署では

少年警察活動を担当する係（少年係）が決められているが十分なものではない。そして職分に関しては、犯罪捜査規範（昭和三二年国家公安委員会規則第二号）中に少年事件に関する特則（第一九九条―第二一四条）、少年警察活動要綱（昭和三五年三月一八日警察庁乙保発六号警察庁次長）などに詳細な規定があるが、少年法自体には罰金刑以下の犯罪少年および犯少年の家裁への直接送致（法四一条）、同行状の執行（法一三条二項、二六条五項）調査および観察の援助（法一六条一項）、同じく決定の執行（法二六条一項）などに若干の規定があるにすぎない。「こんにちの少年法制の基本は、家庭や学校等の一般教育力を優先させることになっているが、犯罪捜査規範や少年警察活動要綱は一般教育力に対する単なる配慮しか規定していない。ここに警察が教育機関への配慮を軽視するか教育に介入してくる余地が生まれたものと思われる。少年非行の捜査では、学校や家庭の教育的対応を優先させることを少年法に規定する必要がある<sup>(2)</sup>」との指摘は重大である。

警察は非行者に対し最終的な処分決定権をもつべきでない（簡易送致については後述する）。広い権限を与えることは個人保護に十分な保障とならないからである。一九六〇年の国際連合犯罪防止および犯罪者処遇会議（ロンドン）では警察には（少年非行の予防に関し）「社会教育的な働き分野にふさわしい特別の機能をこえるような権限をもたせるべきではない<sup>(3)</sup>」と決議している。

少年の逮捕については少年法にはなんら規定がなく刑事訴訟法が適用される。しかし原則として身柄拘束を禁止している少年法の趣旨からは逮捕も許されてはならないはずである（同旨、柳瀬隆次「少年の逮捕」刑事実務ノート No. 3、峰谷尚久「一六歳未満の少年と逮捕」判例タイムズ二九六号三〇七ページ以下）。また拘留も検察官はやむをえない場合でなければ拘留請求はできず（法四三条三項）、裁判所も拘留権を特定の場合以外は発することはできない（法四八条一項）。少年の身柄保全には原則として「拘留に代る観護措置」（法四三条一項）によらなければならない。と

ころが罪証隠滅のおそれない者も逮捕・拘留される例は多い。のみならず、拘留場所として拘留監を使用し、少年と成人の分離（法四九条三項）も十分でない（中田昭考「少年の拘留場所」判例タイムズ二九六号三一六ページ以下、菊田・少年棄民（一九七八年）一〇ページ以下参照）。

（１）警察職員に関しては警察法（昭二九・六・八・法一六八号）に規定がある（六二条以下）。特別司法警察職員は営林局署勤務の農林事務官、監獄職員、船長、国有鉄道の役職員、麻薬取締員など一二職種が指定されている。

（２）「弁護士のみた少年事件と少年法」（昭和五四年）東京弁護士会、一五ページ。

（３）United Nations, A/CONF, 17/20, Sales No. 161. IV, 3.

## （二）検察官

検察官は成人事件について公訴権を独占しているが（刑訴二四七条、二四八条）、少年事件についてはいわゆる先議権はなく捜査ないし調査がおわれればその処分を決定する段階にいたり原則としてすべての事件を家庭裁判所へ送致しなければならない（法四二条）。犯罪の嫌疑がなくとも不起訴処分にすることは許されない。不起訴処分の許されるのは「嫌疑なし」「被疑者死亡」「裁判権なし」「確定判決」「罪とならず」等の場合のみであり、家庭裁判所が刑事処分相当として検察官に送致してきた場合（法二〇条送致）にも原則として起訴強制主義がとられている。

少年の家庭裁判所への送致はすべての事件が検察官を経由するわけではなく、罰金以下の刑に当る犯罪のばあいは警察から直接家庭裁判所へ送致される（直送事件）。事件処理を早期に施す必要からこのような手段がとられている。かくして現行少年法においては検察官は少年の処理に関し直接的な権限を有していない。ただ検察官送致された少年に対し処遇意見を付すことができるのみである。そのため各検察庁には少年係検察官が配置されているが、大都市の地検を除いては他の事件と兼務しており、専従検事のいる所でも二・三名程度である。

それでは検察官を経由する理由はどこにあるかといえば、第一に、年齢確認のためとされる。一六歳以上の少年で

なければ二〇条送致ができないので（法二〇条）、身上照会、戸籍簿の確認などが検察官調書でなされる。しかしこれらの調査は必ずしも検察官に専権の事項ではなく、家庭裁判所調査官の調査によっても十分可能である。

検察官取調の主たる存在理由は刑事処分相当として逆送される少年の公訴提起に具え、犯罪事実の確認と警察での捜査の不備、たとえば多衆犯罪における共謀関係、具体的な実行行為の特定、否認事件における状況証拠の収集、犯意の認定、赃物の処分状況等の捜査にあるといわれる。<sup>(1)</sup> 検察官は受理した少年について(1)刑事処分相当、(2)少年院送致相当、(3)教護院送致相当、(4)保護観察相当、(5)その他の意見、を付して家庭裁判所へ送致するが、その基本となる判断基準は公益を代表して当該少年の社会的責任をどのように評価するかに主たる関心があるものとおもわれる。その点でも直接的には刑事処分相当として起訴するに足る資料を集めることになるといつてよい。このような判断基準は、しかし少年法のほんらいの理念からすれば付随的なものでしかない。そのため検察官は単に検察官意見を付する権限のみしか与えられていない。しかるに少年法改正論議のなかにおいても検察官意見と裁判所の逆送の一致率の低さ（あるいは高さ）が論議されて<sup>(2)</sup>いる。検察官は捜査ないし訴追官として行為に対する評価を代表するのであつて、それをふまえて総合的な決定を下すのは裁判官の任務である。むしろ一致すること自体が不自然であろう。しかし実際には裁判官自体も検察官の意見に追従することが多いとされている。事実上、「検察官意見」は検察官先議権を採用しているのと結果的にあまりの相違はないといつてもよい。むろん、わが国の検察官は単に訴追官としてのそれだけではなく、刑事政策の一翼を荷うものとして素質や環境を考慮した総合的な評価をしているのであつて、現に処遇意見はかかる立場からつけられていると考えられないでもない。しかし、かようなことで裁判官と検察官の一致率を認めるのであれば家庭裁判所の存在は意味をなさない。またかような方向でこんにちの少年係検察官を充実させるべきだとの意見<sup>(3)</sup>にはにわかに賛成しかねる。検察官は訴追官として犯罪の捜査、公訴権の行使といったほんらいの使命に

限定されるべきであろう。少年の保護関係者としての役割が過大に与えられるべきではない。

(1) 垣鏑繁「少年檢察のあり方」小川ほか編・少年非行と少年保護(昭和三五年)所収三四三ページ。

(2) 家庭裁判所は保護処分万能主義でないことを証明するため主要刑法犯では、年齢がすすむにつれて保護処分より檢察官送致率が高くなることを示し、たとえば一九歳の殺人の刑事処分は昭和四六年において五五・八%にのぼり、同年の成人の殺人の起訴率六四・二%にほぼ近いことを誇っている(少年法改正要綱に関する意見、昭和四八年一二月、最高裁事務総局家庭局刊 三三ページ)

(3) 阿部純二「檢察官」、松尾ほか編・少年法―その現状と課題(一九七二年)所収五〇ページ。

### (三) 都道府県知事・児童相談所長

児童相談所は都道府県に設置され、少年法上の職分としては非行のある少年の家庭裁判所への送致(法三条二項、八条一項、児福二七条一項四号)、とくに強制的措置を必要とする少年の家庭裁判所への送致(法六条三項)、家庭裁判所が児童福祉法の措置を相当と認めて送致した少年の受理(法一八条一項、児福二六条一項)、家庭裁判所が強制的措置を承認して送致した少年の受理(法一八条二項、児福二七条一項)がある。これらはいずれも児童相談所長が知事から権限を委任されて行なう(児福三二条一項)。

少年法三条二項は触法少年および一四歳未満のぐ犯少年は都道府県知事または児童相談所長からの送致を審判条件とし、これをうけて児童福祉法二七条一項四号は「家庭裁判所の審判に付することが適当な児童はこれを家庭裁判所に送致する」ものとしている。この送致は児童相談所が養護施設および教護院へ児童を入所させるにつき親権者またはその代理人の同意がえられないときに、家庭裁判所の審判をえて強制力をもって親権者等の同意なしに入所させるために送致されることが大部分である。したがって例外的な措置ともいえるものであつて、本条による児童の入所措置は、たとえば昭和五二年度においては少年保護事件終局決定の〇・一パーセントにあたる二二六名につきとられた

にすぎない。他方、家庭裁判所は少年法二四条一項二号により教護院または養護施設へ保護処分として入所させることができるが、この事件も同年において年間二〇六名（〇・〇パーセント）にすぎない。このように不良・非行少年に対する取扱機関の二分化による児童福祉法および少年法の関連も実質的にはきわめて遊離したものとなっている。

家庭裁判所が教護院・養護施設への保護処分を決定しない理由は必ずしも明白ではないが、他の保護処分言渡しに比べ手続が複雑であるともいわれている。そしてこんにちでは強制的措置を申請する事例に傾いているが（法六条三項、一八条二項）、この措置も事実上はその意味を失いつつある。<sup>(1)</sup> 福祉機関からは「家庭裁判所の処遇が児童の実質的保護よりも、形式的な人権保障に重点をおいている」という批判からも推察できるように司法福祉から司法の強化へと家庭裁判所自体がますます変容しているものといえる。昨今の少年法改正の方向はこれにさらに輪をかけているものといえよう。福祉と保護と刑罰を担うそれぞれの機関相互の協業と分業はいまやかかけ声だけに終っている。

- (1) 現在強制寮を開設しているのは国立武蔵野学院一カ所のみであるが、ここでも強制的措置をうけない者も入所させているので家庭裁判所への申請もいきおい減少しつつある。詳細については菊田幸一・少年教護（一九七四年）一二二ページ以下参照。
- (2) 原口幹雄「児童相談所」松尾ほか編・少年法―現状と課題―所収二二ページ。

## 二、調査診断段階の機関

### (一) 家庭裁判所

家庭裁判所は家事審判と調停および少年保護事件の審判を行なう下級裁判所であり、地方裁判所と同格である。所在地および管轄区域も地方裁判所と同じであり全国四九カ所に設立されている。しかし独立の庁舎を有するのは東京や大阪など大都市を中心とする一七庁にすぎない。そのほとんどは地方裁判所との併設庁である。わが国において「少

年裁判所」ではなく「家庭裁判所」とされた理由は現行少年法制定に際しアメリカの家庭裁判所 (Family Court) なし家事関係裁判所 (Domestic Relation Court) を模範としたものであるとされている。つまり家庭裁判所で少年の保護事件のほかに少年の福祉を害する成人の刑事事件および家事審判権を有することは少年問題と家庭問題は相互に密接な関連があり、両者を同一の機関で処理することが合目的であるという点にある。<sup>(1)</sup>しかし家事審判と少年審判の少年法上の有機的結合はなされておらず実質的意味における「家庭裁判所」たる機能は果されていない。模範とされたアメリカにおいても Family Court は一般化していない。アメリカにおける少年裁判所運動がめざす一つの方向として家庭裁判所があったといえるが、そのような素地のなかったわが国において旧少年法下における少年審判所から司法機関としての家庭裁判所に变化したことは、功罪相半ばするものがあったといわなければならない。現行少年法の本質が立法上の妥協にあることを前述したように、家庭裁判所もまた一種の妥協の産物の観がある。司法機能と福祉機能の併存がそれを物語る。

たとえば、後述するように少年観別所は身柄拘束を伴うため行政機関の管轄となったが、家庭裁判所調査官には観護措置の少年に対する監督権が与えられている(法二五条一項)。家庭裁判所が司法機関であるとすれば、この観護措置はどのように位置づけられるものであろうか。この家庭裁判所が審判段階で保護(観護)は一種の保全保護であり、矯正保護とは違うから裁判所の中立性は守られるとする解釈がある(平場・前掲書五二ページ)。だとすれば鑑別所を執行機関の管轄としたことの根拠が必ずしも明らかでない。こんにちの社会調査と資質鑑別の二分化した方式は、わが国における家庭裁判所のもつ論理的矛盾を象徴的に物語るものといえよう。鑑別所を執行機関にゆだねたのは家庭裁判所の司法機関たる中立性を保とうとしたものであり、観護措置が一種の保全保護であるとするならば、それは行政作用である。かような矛盾を有するのが家庭裁判所であることをむしろ率直に認めることが必要である。アメ



リカにおける少年裁判所が少年拘禁所をも併設し、裁判所に属するプロベーション・オフィサーによるプロベーションが実施されていることは、それ自体をもって少年裁判所の中立性がそこなわれたといえるものではない。わが国において少年鑑別所を行政機関にゆだねたのは、その理論的根拠が明らかでないといわねばならない。

家庭裁判所がこのように特殊事件について管轄を有する裁判所であるところから、家庭裁判所は特殊裁判所であるか否かが問題となる（憲法七六条二項に低触するか否か）。特別裁判所とは、特殊の人または特殊の事件について裁判するために、通常裁判所の系列のほかに設けられた特別の裁判機関をいう。<sup>(2)</sup>たとえば明治憲法下での軍法会議がこれに該る。これに対し家庭裁判所は、一般的に司法権を行なう通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法（同法三一条の二・三一条の五）により設置されたものであることはいうまでもない（最高裁昭和三十一年五月三〇日大法廷判決）。ただ少年事件のためのケース・ワーク機能を發揮するため他の裁判所と異なる調査官制度などを有するにすぎない。事物管轄において対象者の身分によって差別しないこと、一般の裁判所へ抗告権の認められていることもその根拠となりうる（平場・前掲書五三ページ）。

(1) 団藤・森田編・少年法（旧版）一六ページ。

(2) 清宮四郎・憲法（新版）三三九ページ。

## (二) 裁判官

各家庭裁判所には、相応な員数の判事および判事補を配置するものとされている（裁判所法三一条の二）。しかし家庭裁判所専属の裁判官を配置している所は東京・大阪など大都市の家庭裁判所に限定されており、中都市以下の各家庭裁判所では所長判事以下判事補にいたる全員が地方裁判所判事を兼ねている。これらの判事は地方裁判所における民事、刑事さらに兼務しているときは簡易裁判所と家庭裁判所における少年事件および家事審判という業務に携わ

る。家庭裁判所の審判は「なごやかに」これを行なわなければならないと規定している（法二二条）が、自らの決定で検察官送致（法二〇条）をした少年について地方裁判所においては同一人物たる裁判官が刑事裁判官として法衣をまといいかめしく裁判をする姿はこっけいですらある。<sup>(1)</sup>

他方、少年保護事件は検察送致の決定以外は判事補が一人であることができる（法四条）。判事補は一人で裁判できないという原則（裁判所法二七条一項）の例外をなしている。刑事事件は「頭を痛める」のに対し少年事件は「心を痛める」といわれる。刑事訴訟法上の厳格な法の適用ではなく少年のおかれた環境上その他の社会的、生理的状況を判断しなければならぬ少年事件は、法解釈のみの訓練を受けた実務経験の浅い判事補が一人で審判するには荷が重すぎる。というより裁判上の例外を定めたこと自体、さきの兼務の点も併せ、いかに少年事件が軽視されているかを示すものである。のみならず、司法研修所においては少年審判のための研修はほとんどなされていないといわれる。また家庭裁判所に判事補のとどまるのはせいぜい二―三年であり、家庭裁判所は単なる経由にすぎない。少年問題専従の裁判官になることは裁判官としての表街道を歩むことにならない（潮見俊隆・法律家、一九七〇年、一〇四ページ以下）。

このように家庭裁判所における司法官の位置が軽視されていることは、保護事件は刑事事件ではなく「個別化された司法」であり、福祉的・行政的機能をも併せもつものであるところからきているということもできる。事実上は家庭裁判所調査官の意見に大きく影響をうけて審判がなされているのもそのあらわれといってよい。司法の福祉化がほんらいの目指すべき方向であるとするならば、家庭裁判所調査官の地位が重要視されていることはこれを尊重しなければならぬ。しかし戦後における一連の少年法改正の意図するところは家庭裁判所における人間諸科学の分野に対する司法官僚のまき返しとの見方がないわけではない。最高裁判所が少年法改正に対しとくに中間報告の段階におい

て法務省と妥協するに至った直接の原因はこのあたりにあるともいわれる。検察官の少年審判への立会権を認めることは同時に裁判官の権限を強化することにも連なるものといえる。少年事件は司法となじむものでないとの小河滋次郎の指摘がこんにちでこそ想起されなければならない。刑事事件もこんにちでは公害裁判、企業裁判と多様化している。このような価値の多様化している現代においてこそ、司法の福祉化へのスローガンが実現される必要がある。限られた数の兼務による裁判官により司法裁判所たる形式を保つことよりも、こんにちの家庭裁判所が時代の要請に答える裁判所たるには、たとえばレフェリー制度の採用を検討することも必要であろう。

(1) 調査官によると「裁判官は少年係として専門でない。地家裁簡裁兼務は因る、ヴェテランが少ない、地裁併設は因る、移動が激しい」との批判が裁判官に対し集中している。沢登俊雄「家庭裁判所裁判官」(松尾ほか編・少年法、所収・七〇ページ)。

### 三 家庭裁判所調査官

現行少年法における特色の一つは、後述の少年鑑別所における鑑別技官とともに家庭裁判所調査官(裁六一条の二、第一項)をおくことにより、少年裁判所に、いわゆる科学主義を導入したことにある。調査官は全国四九カ所の家庭裁判所に約八〇〇名前後が配置<sup>(1)</sup>されており、調査(法八条二項)、観護(法一七条一項一号)、および観察(法二五条一項)の業務のほか、少年審判規則で規定する保護処分決定後の少年の動向の観察・成績の視察(少審規三八条)など広範な職務を有する専門的ケース・ワーカーである。その職務を行なうについては裁判官の指揮にしたがうものであるが(裁六一条の二第四項)、実質的な専門的職務の内容については独自の職責を有している。家庭裁判所における裁判官を補佐するものではない。調査官には主席調査官・調査官・調査官補がおかれ(裁六一条の二)、とくに主席調査官は調査事務の監督・関係行政機関との連絡などの職責を有する。

調査の内容は、「なるべく少年、保護者または関係人の行状、経歴、素質、環境等(法九条)、家庭および保護者の

関係、経歴、教育の程度および状況、不良化の経過、性行、事件の関係、心身の状況等、審判および処遇上必要な事項（少審規二一条一項）となっており、非行事実関係はもとより、主として個人と環境の状態について専門的立場から資料を集め、これを分析、価値判断することにある。したがって調査官は、単に資料を集め取調べをするだけでなく、少年の処遇について調査官の意見をつけなければならない。調査官は審判廷へ出席し（少審規二八条二項）、処遇方法について意見をのべることができる。

調査結果は「少年調査票」にまとめられる。この調査は、家庭裁判所が事件を受理したあと家庭裁判所裁判官が調査を命ずることによって開始される。しかし広義においては調査官の行なう調査にはこのほか観護の措置（法一七条）、調査官の観察（法二五条）も調査の一環として考えられる。したがって監督に関しては一定の限界がある。ここにほんらいのプロベーションになりきれないものがある（この点については後述の観護措置の項で詳細に検討する）。なお、まだ家庭裁判所に係属していない少年について家庭裁判所の審判に付する必要があるかをたしかめるための調査がある（法七条二項）。この調査は調査官個人の責任において行なうものであつて単なる事情調査にすぎない。さきの第八条の調査とは厳格に区別しなければならない。

前述したようにわが国では裁判官に代つて予備的審判を行なうレフェリー（referee）制度は実現していない。少年事件の多様性、家庭裁判所の機能の多様化を考えるならば、司法官たる裁判官だけがすべての事件についての関与者ではなく、予備的段階に限つての調査官等によるレフェリー制度の採用が具体的に検討されるべきではなからうか。

しかし現実にはその逆の方向にむけられている。一連の少年法改正案のなかで明らかにされてきたことは家庭裁判所の純司法化傾向である。現行少年法の特質をなす家庭裁判所調査官を中心とした科学主義の導入はいまや司法官僚制（検察官をも含めて）の前に徐々に後退しつつあることを指摘せざるをえない。

(1) 調査官は成人の刑事事件の処理や家事事件にも従事しており、少年事件の人員は一応の推定にとどめる。

#### 四 少年鑑別所

少年鑑別所は、家庭裁判所の観護措置の決定(法一七条一項二号)によって送致された者を收容すると同時に、家庭裁判所の行なう少年に対する調査および審判ならびに保護処分 of 執行に資するため、医学、心理学・教育学・社会学その他の専門的知識に基づいて、少年の資質の鑑別を行なう施設である(法一七条一項二号、少院一六条)。少年鑑別所は、観護および鑑別をするための法務大臣所管の官庁であり(少院一七条)、家庭裁判所本庁の所在地に一つずつ合計四九カ所(外に支所二)あり、心身鑑別にたずさわる法務教官、観護にたずさわる法務教官および事務にあたる法務事務官が配置されている。少年鑑別所は審判前調査制度(Pre-trial investigation)を確立したものととして特筆される。

医務課で行なわれる個人検診では通常の検診のほか性病、外傷、麻薬、入墨等の検査、血液、尿、レントゲン、心電図、脳波のテスト、集団テストとして新制田中B式知能検査、MJ式人格目録性格テスト、S・C・T(文章完成テスト)の三種類のテストが行なわれる。一方、寮舎においては観護課の教官による少年の行動の観察、記録、個別テストとしてのロールシヤツハ・テスト等が行なわれるほか心理劇、内観療法が行なわれることもある。

少年鑑別所はもともとアメリカのデイテンション・ホーム(detention home)からきているものであるが、アメリカのデイテンション・ホームが少年裁判所に属しているのに対し、わが国では身柄の拘束をともなう鑑別機関を裁判所のもとにおくことが人権保障の面で問題があるとし、司法機能とケース・ワーク機能の調整をいかにするかが重要な課題として横たわっている。ケース・ワーク機能を表面にだしているアメリカの少年裁判所においてデイテンション・ホームが裁判所に属することに抵抗がなかったのに対し、わが国において行政官庁のもとにおくに至ったのは、

それなりの少年法上の根拠があるものといわねばならない。しかし実務上は、かかる調査機関の分離（社会調査と資質鑑別）は大きな不合理をもたらせている。人権の観点から鑑別所が行政機関に属したのであれば、成人の未決拘禁の意味をもつことも考えられるわけで、その意味では鑑別所における、いわゆるケース・ワーク的機能は、これをできる限り制限しなければならない。

少年鑑別所処遇規則は観護処遇に関してはわずかに「少年には、つとめて読書その他適当な娯楽を与え」（同規則一四条）、「なるべく毎日、居室外で運動させる」（同規則三〇条）べきことを規定している。これは「少年が安んじて審判をうけられるようにし、ありのままの姿をとらえ」（同規則二条）る少年鑑別所の機能からくる制約である。これに対し、この程度の規定では、成長期にある少年の毎日の生活に対して不十分であり、少年鑑別所の観護をいわば小型少年拘置所とし、将来は短期收容処遇施設としての機能を果すべきであり、鑑別所は短期処遇、短期指導施設としての作用を事実上こんにちも果しているとの見解がある。<sup>(1)</sup> その前提には「たとえ短期でも少年を無駄に過ごさせてよいはずがない」との考え方があろうだが、鑑別所が事実上このような方向で行なわれていることに対しては(1)鑑別所が被收容者にかんがりの処遇を強行することは「ありのままの姿をとらえて資質の鑑別を行なう」ことに反する。(2)各施設で実施されている諸処遇技法は少年非行に効果的か否か立証されていない、(3)收容期間が最大で四週間、実際の単純平均で三週間では教育は望めない、(4)少年の資質を鑑別する目的をもつ鑑別所は未決收容施設であり、強制的な教育や治療作用を及ぼすべきではない等の批判に十分に答えられていないといふべきであろう。

少年鑑別所は、その他、家庭裁判所、少年院長、他方更生保護委員会および保護観察所長以外の者からの少年の鑑別依頼にも応じなければならない。

(1) 来栖宗孝「少年鑑別所の当面する諸問題」(刑事政策の現代的課題所収五一七ページ以下)。

### 三 保護実施段階の機関

保護実施機関としては保護観察所、教護院、養護施設および少年院がある。

#### (一) 保護観察所

家庭裁判所が言渡す保護処分の一つである保護観察を実施し、犯罪予防の諸活動をするのが保護観察所である（予防更生一八条）。家庭裁判所における試験観察に伴う監督（観護措置、法一七条一項一号）がプロベーションとしての役割をもつとはいえ、わが国における犯罪者の社会内処遇の中核をなす法務省管轄の官庁であり、地方更生保護委員会の事務上の監督をうける。少年法の規定する職分としては、保護観察所の保護観察に付する保護処分の執行（法二四条一項一号、予防更生三三条一項一号、一八条一項）とこれに伴う環境の調整（法二四条二項）が主たる業務であり、その他、保護観察官の同行状の執行（法一三条二項、二六条四項）、保護観察官および保護司の調査・観察の援助（法一六条一項）、保護観察官の決定の執行（法二六条一項）、家庭裁判所に対する保護処分取消事由の通知（法二七条の二の二項）、家庭裁判所に対する保護少年に関する報告・意見の提出（法二八条）などがある。

保護観察所は家庭裁判所本庁所在地に一つづつと支部三カ所を含め合計五〇か所あり、医学、心理学、教育学、社会学その他の更生保護に関する専門的知識を有する職員たる保護観察官（予防更生一九条二項）が昭和五四年現在五七六名配置されている。保護観察官は国家公務員の上級・中級試験合格者から採用されるが、いぜんとして法務事務端な場合はタイピストからの任官もあるといわれる<sup>(1)</sup>。しかも毎年定員が一名ぐらい増員される程度であり、一人の保護観察官が平均一四〇件の対象者を担当している。その他に環境調査や人探しの業務（平均六八件）もあり、実数はもっと多くなる。保護観察官はかくして全員が調査官試験に合格する調査官と比較して質的内容は劣るといわざる

をえない。研修期間、給与の点でも差がある。保護観察官には課長や所長、委員会委員への昇格の路があるが、調査官は最高でも首席調査官であるところに進路に差があるといわれるが、ケース・ワーカーとしてのほんらいの進路はかような行政上の地位をうることはない。保護観察官はケース・ワーカーでありながら実際の担当を保識司という民間人に委託し、自らは机上での仕事に傾いている点は問題とされなければならない<sup>(2)</sup>。

他方、昭和四九年より従来、家庭裁判所における交通試験観察の対象とされていた交通事件のケースが徐々に短期交通保護観察へ組入れられるにいたり、二―三か月の短期処遇がなされている。また仮釈放者（とくに少年で長期の仮釈放期間の者）に対する短期保護観察の実施、青少年対象者に対する直接処遇の実施（東京の特別区、大阪など）、長期受刑者に対する更生保護会を利用しての中間処遇（三か月ぐらいの収容）など保護観察の処遇の多様化が法律の制定をまつことなく事実上なされている。これらの現象は多くの問題を提起している。第一に運用の問題としてなされている点で立法の先取りである。第二に後述する短期少年院における問題と同じく、保護観察対象者の増加を図ることが一つの目的であるとおもわれる。たしかに保護観察対象者の減少傾向から保護観察官の定員減の動きもあったようであり、その対策として対象者を増加する方針がうちだされたとみられるふしがある。この点については少年非行の増減との関連、試験観察の問題点などの関係を論じる必要があるが、これまでの指摘でも明らかのように、保護観察官はほとんどが増加されていない。その原因の一つは社会内処遇に専門家指向がなく特篤家指向がいぜんとして強いことがあげられる。保護司への依存傾向に法務省がどのようにとり組むかが今後の課題であるといえよう。

(1) 野中忠夫・JCCD名古屋シンポジウム（一九七九・七・七）での発言。なお安形静男「保護観察制度の現実と課題」法律時報五〇巻八号三二ページ以下参照。

(2) くわしくは菊田幸一「刑事政策と公衆参加」刑法雑誌一八巻一・二号所収、一三五ページ以下参照。

(三) 教護院および養護施設



教護院は不良行為をなし、またはなす虞れのある児童を入院させて、これを教護する児童福祉法により設けられた社会政策的な保護施設（児福四四条）であり、現在各府県に一カ所と東京に二カ所、私立、市立を含め五七カ所の非強制的施設がある。<sup>(1)</sup> 養護施設は保護者のない児童その他環境上養護を要する児童を入所させて養護保護をする施設である（同法四一条）。

教護院への送致は第一の場合は、児童相談所長が要保護児童発見者からの通知をうけた児童を都道府県知事に報告し（児福二六条、法一八条一項）、同知事が教護院入所の措置をとる場合（この場合は親権者の同意を要する。児福二七条四項）。第二の場合は、家庭裁判所が保護処分の一つとして教護院送致を決定したときである（法二四条一項二号。この場合は親権者の同意を要しない）。

このうち家庭裁判所からの保護処分としての教護院送致はきわめて少なく、例外的といえるほどである。これらの原因については種々の角度からの検討が必要であるが、終戦直後においては、家庭裁判所が教護院送致を決定しても教護院が満員であって、入所を拒否されることもあった。その印象があるため、送致が控えられているとの指摘もある。家庭裁判所および教護院側との連絡・協議が必ずしも十分に行なわれていないことにも一因があるようである。<sup>(2)</sup>

昭和四一年五月の法務省少年法改正構想につき最高裁事務総局は、「現在、年少の少年を收容し教育する施設としては、教護院と初等少年院とがあるが、前者は、児童福祉施設であるため、ごく限られた場合しか利用できない状態にある」（昭和四一年一〇月最高裁事務総局少年法改正に関する意見）とし、少年法改正要綱（昭和四五年）に対する意見のなかでも最高裁家庭局は「……現行法の教護院、養護施設送致は、その施設の性格上、決定と執行との間の円滑な運営が困難視されるため、年少者向けの開放施設をもってこれに代え、児童福祉措置として教護院、養護施設に入所させるのが相当な場合には、少年法一八条により、事件を児童福祉機関に送致してその措置にゆだねるものとす

る」として少年法二四条による送致に消極的態度を明らかにしている（少年法改正に関する意見、最高裁家庭局、家裁月報二三卷九号八八ページ）。法一八条と二四条の法的相違については後述するが、保護処分としての決定と執行の間に手続規定に欠けるところのあることは事実である。しかし、これをもって少年法二四条一項を廃止しようとする最高裁事務局の意見には本質をとらえていないとする意見が強い（注(2)の同著一八七ページ参照）。

わが国における教護院は、現在では多くの問題をかかえてはいるが、多数の教護院において、いぜんとして夫婦小舎制による教護、教母のきめ細かな処遇がなされている。年少少年の処遇施設として、こんにちのわが国でこれ以上のものを期待することは困難である。わが国における非行少年処遇は教護院での活動を軸として再出発すべきである。<sup>(3)</sup>

(1) 教護院の詳細については菊田幸一・少年教護（一九七四年）参照。

(2) 菊田幸一・教護院（松尾ほか編、少年法―現状と課題―所収・一八六ページ以下参照）。

(3) 菊田幸一「わが国非行少年処遇の回顧と展望」（小川太郎博士古稀祝賀・刑事政策の現代的課題、昭和五二年、四六九ページ以下所収）参照。

### （三）少年院<sup>(1)</sup>

現行少年院はその前身たる矯正院をひきついだものであるが、矯正院法が收容、懲戒の場という色彩が強かったのに対し、現行法は民法の懲戒場として少年院を使用することをやめ、家庭裁判所が決定する少年院送致処分機関として、收容保護（教育、訓練）を加える場としての性格を明らかにした。これは家庭裁判所の決定する少年院送致処分によって国は親の監護・教育権をその義務とともに代替するわけであるが、憲法二六条の教育をうける権利は少年院收容によっても失われるわけでないし、同条二項の保護者の義務教育をうけさせる義務は国がおわなければならないとする考えにもとづくものとおもわれる。のみならず憲法二五条を根拠とする各種保護法の問題は非行ある少年の收容保護においても活かされるべきだとかんがえる。そして少年法・少年院法の注釈者たちは少年院收容と刑罰的拘禁

とを区別して「拘禁それ自体が刑の内容である行刑と異なつて、少年院における收容は矯正教育の一般的前提をなすものである。收容のための收容という自己目的性は薄く、非行少年の教育を実現するための手段方法というべきものである」(団藤・森田編・少年法(新版)四三六ページ)と解釈している。しかし実際においては「目的はそうであっても、少年は司法に関する国権の作用としての強制力により社会から隔離され自由を奪われた者であるから、その收容されている間は、刑法九九条、一〇〇条または一九五条二項等にいわゆる『法令ニ因リ拘禁セラレタル者』に該当すると解せられており、そのように解するのが妥当である」(国藤・森田編・前掲書二三五ページ)としている。こうしたところに少年院の性格のあいまいさ、少年院送致という保護処分の保護性のあいまいさがある。保護処分が社会防衛の色彩の濃い保安処分の一つと解されていること、少年院が刑務施設を管理する法務省矯正局の所管に属することなど、わが国における少年院の性格が非行ある少年の保護に遺漏なきを期しえない致命的な障害となっている。法的根拠がなくとも院長権限において收容少年の部屋に鍵をかけることができるのがまさにその象徴である。

その矯正教育は、本人が二〇歳に達するまで(ただし送致後一年を経過しないときは送致のときから一年間)收容することができ、一定の事由のあるときは、特別少年院については二三歳まで、医療少年院については二六歳まで收容することができる。ただし実務においては段階処遇の影響をうけてか平均一年二カ月の收容となかば定期化している。少年院には年齢と特性に応じて初等、中等、特別、医療の四つの種類がある(少院二条)。どの種類の少年院へ送致するかは裁判所で決定する(少審規三七条二項)が、当該種類の少年院のどこに收容するかは行政機関にゆだねられている。現在は六一の施設がある。

昭和五二年六月から短期処遇少年院が実施されるにいたつた。一般短期処遇と交通短期処遇の二つに分かれており、前者は六か月以内に出院させ、後者は四か月以内に出院させるものとされている。一般短期処遇を実施している

少年院は全国に二一施設あり、交通短期処遇は各矯正管区ごとに一施設ずつ八施設がある。この短期処遇少年院は法務省の少年法改正における保護処分ของความ多樣化への具体策の一つであり、いわゆる中間答申（昭和五二年六月二九日法制審議会決定）においてもみられる（四一・一・三）ものの先取りである。

法務省は昭和五二年五月二五日「少年院の運営について」（依命通達、法務省矯教第一、一五四号）を出し、運営に当たっての基本事項の中で「少年院送致処分は、少年院における矯正教育のみによって完結するものではなく、仮退院後における保護観察と一貫性を保つことにより実効ある保護処分」になるものであることを強調している。つまり短期処遇少年院についてはとくに保護観察との結びつきを強化し、施設内処遇と施設外処遇の有機的一体化を図ろうというのであり、具体的に早期に退院（仮退院ではない）をさせるものとしている。しかし、この短期処遇少年院へ収容される少年の大部分は、従来は家庭裁判所の試験観察や保護観察処分をうけていた者であることを見逃してはならない。つまりこの措置はもっぱら収容者減をつづけている少年院収容者の増加を図る目的でなされたものであることは明らかである。この制度が実施された昭和五二年度においては従来低下しつづけていた収容者数がいちじるしく増加するにいたった（昭和五四年度犯罪白書二八〇ページ参照）。廃統合のきざしのあった少年院もこの増加対策により活気がでてきたといわれる。しかも短期処遇少年院へ収容された者で成績のよくない者は収容期間の延長措置がとられるものとなっている。短期収容に名をかりての保安処分的隔離の強化であるといわねばならない。われわれはこの少年たちのこの後の処遇効果に注目していかねばなるまい。

（一）少年院の実態については菊田幸一・少年棄民（昭和五三年）一五三ページ以下参照。

四、保護者および付添人

## (一) 保護者

要保護性の判断の有力な一つに保護者の保護能力がある。非行ある少年であっても保護者の保護能力が国家による保護を排除するに足るものであれば、事実上の強制的措置である少年院送致も回避されることがある。逆に本来であれば国家的関与を必要としないような事案においても保護者に保護能力がないか、保護者がいない場合には要保護性の判断が強く働くものであることは前述した。ほんらい少年は国家の保護のもとにおかれているものではあるが、親権者、代理人などに少年の保護をゆだねることが便宜的であるとする理念から国家は直接には保護担当者ではないが、その委託関係にある保護者が保護者としての能力に欠けるとときには国家が関与せざるをえないものであることも前述した通りである。

同時に保護者は少年が非行を犯したことで直接の責任をおうものではないが、その能力の範囲内で協力する義務がある。少年法上「保護者」とは、少年に対して法律上監護教育の義務ある者および少年を現に監護する者である（法二条二項）。法律上監護する者には親権者（民八二〇条）、後見人（民八五七条）、親権代行者（民八三三条、八六七条）、児童福祉施設の長（児福四七条）などがあり、少年を現に監護する者には、たとえば住込みの場合の雇主、寮や寄宿舎の寮長、舎監、補導委託員の責任者などがある。

少年を現に監護する者についてはある程度継続的に保護監督しておれば足りるとする説（団藤ほか編・少年法（旧版）七六ページ）と、それだけではなく保護監督をなす法上の義務をもつことを要し、法律上の保護者との違いは、保護監督が法律上当然に発生するか否かにあるのと説（平場・前掲書六二ページ）がある。保護監督を行なう法上の権利と義務をもつものでなければならぬから、たとえば雇傭主の家族、寮の職員などは事実上の監督をやっているも、それだけで監督する者とはいえないから後説が妥当であろう。<sup>(1)</sup>ただし実際には法律上の保護者と事実上の保護者

が複数で監護することもありうるから「法律上の保護者が現に監護している場合は事実上の保護者の觀念を容れる必要はない」(平場・少年法六二ページ)との説はなりたたないであろう。<sup>(2)</sup>

保護者には少年法上いくたの権利義務が与えられているが、<sup>(3)</sup>そのうちの主たるものは審判出席権(少審規二五条)、意見陳述権(少審規三〇条)、抗告権(法三二条)、附添人選任権、附添人就任権(法一〇条)などである。

(1) 平場・前掲書六二ページ。同旨、沢登ほか編・展望少年法三三二ページ。

(2) 沢登ほか編・前掲書三三三ページ参照。

(3) 少年法六条二項、七条二項、八条、一〇条、一一條、二五条、三二条、三三条、三五条、少年審判規則二二条、二五条、三〇条、三五条。

## (二) 付添人

付添人は刑事手続についていえば訴訟手続における弁護人に当るものである。ただし付添人は少年審判における適正な保護処分をうけるための協力者としての立場を有するものである。その考えから「保護処分にも少年の利益でありうる」とする見解がある。<sup>(1)</sup>つまり人権保護に関する弁護人的機能とともに、付添人は家庭裁判所の教育的、ケース・ワーク的機能をも果たことが期待されるところ。たしかに少年審判は非対立的・非訴訟的手続である故に家庭裁判所への協力者としての付添人であることは望まれるところであるが、事実問題として家庭裁判所の言渡す保護処分が身体を拘束する強制的処分であり、不利益処分であるところからすれば、その判断への協力者としてこれを付添人に期待することは無理だといわねばならない。とくに保護者が付添人のときは経験科学的専門領域である要保護性の判断についてまで、付添人に協力を求めることは無理である。また保護能力ある付添人であれば、かような保護処分にゆだねることに協力できないのはいうまでもない。いずれにしてもケース・ワーク機能の働き手としては調査官という専門家が従事しているのであり、調査官の指示に従い協力することはありえても、少年審判全体に協力する

といったことは必ずしも付添人のほんらいのあり方とはなりえないようにおもわれる。少年法自体が保護処分を含めて司法的判断を濃厚に有するものである以上、これらの付添人が少年の権利と利益を代弁し、少年審判の監視人としての役割をもつことが期待される。このような意味から付添人の任務を十分に果たすためには法律の専門家たる弁護士が付添人に選任されることが法の正当な手続の実質的な要請を満たすために必要である。

現行法では付添人は少年と保護者が選任でき、家庭裁判所が職権で選任することはできない。つまり国選付添人制度は存在しないが、弁護士以外の者が選任されるについては家庭裁判所の許可をうける必要がある(法一〇条)。保護者も付添人になるには家庭裁判所の許可をうけなければならない(法一〇条二項)。保護者たる付添人には抗告権(法三二条)、記録閲覧権(少審規七条二項)がある。ただし、付添人の選任は審級ごとにしなければならない(少審規一四條三項)ので抗告審においては付添人は更新されなければならない。なお裁判官は裁判でいつでも付添人の許可を取消すことができる(少審規一四條五項)。付添人には審判出席権(少審規二五條)、意見陳述権(少審規三〇條)、抗告権(法三二条)のほか、記録証拠物閲覧権(少審規七條)、その他刑訴、同規則を準用した諸権限(法一四條一五條)が与えられている。しかし、実際には多額の費を要用するためか付添人が選任される少年事件は一パーセント前後にすぎない。昭和五一年の少年法改正に関する中間答申では必要的付添人制度を導入することが考えられている(同答申一—3参照)。

### (三) 国選付添人制度

現行少年手続は前述したとおり、裁判所が後見的機能をもち、職権的審問構造をとっているが少年に対する確実な事実認定と妥当な処遇の決定のためには裁判所外の援助者が必要であり、少年にかような援助者を付与することが適正手続の要請であるところから付添人制度の整備が少年法改正の一つとしてあげられている。現在は付添人が選任さ

れる事件はきわめて少なく、道交法事件を除く一般保護事件では一パーセントにみたないのが現状である。

法制審議会の中間報告によればその一・二において「弁護士である国選付添人の制度を設ける」ことを提起した。ただし国選付添人を付する範囲、時期、方法等については、いわゆる必要的付添事件の範囲や国選付添人の選任を義務づけるか否かについては少年法の教育的、後見的機能を阻害するおそれあるとして今後の検討にまつものとしている。要綱で示された短期一年以上の刑にあたる罪の事件を必要的付添事件とし、この場合に付添人がないときは家庭裁判所が国選付添人の選任を義務づけるとする方向にそって、これ以上に広く認めない方向で、結局、家庭裁判所が必要と認めた場合に国選付添人を選任しうることを最低線として個別的に検討するものとしている（家裁月報二九巻八号一一九・一二〇ページ参照）。国の費用で付添人を付することができるよう国選付添人制度を新設すべしとの意見は裁判所側からも要望されており（昭和四一年一〇月「少年法改正に関する意見」最高裁事務総局五三ページ）、意見の対立のないところであるが、他方では、これに対応する意味で検察官の立会権が示される（これについては後述する）。そうなると少年裁判は主張立証の対審構造となる危険性があり、少年法の根本理念に逆流するおそれがあることを注目していなければならない。

国選付添人は弁護士に限るとするのが中間報告の意見であり、日弁連もこれを主張している（昭和四七年四月「少年法改正要綱に関する意見」日弁連・一二八ページ）。非行事実認定、少年の人権を守る立場からは法律専門家であることは望ましいが、処遇面について関係者の協力をうる場合には必ずしも弁護士に限る必要はない（こんにちの私選付添人は弁護士に限定されていない）。弁護士に適任者をうることの困難さをも考慮して弁護士でない国選付添人の余地を残すことも検討に値する（大森政輔「少年の権利保護強化のための手続改善について」家裁月報二九巻九号一九ページ参照）。